شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

536 - 453

1141 - 1061

الجزء الثاني

المجلد الثالث

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي



دار الغرب الإسلامي

تونس

الإمام المازري

شرح التلقين

الجزء الثاني

المجلد الثالث

6

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي



تونس

كتاب الوكالات

بسم الله الرحمن الرحيم

صلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً.

كتاب الوكالات

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: كلّ حقّ جازت فيه النّيابة، جازت الوكالة فيه، كالبيع والشّراء والإجارة واقتضاء الدّيون وخصومة الخصم والتّزويج والطّلاق، وغير ذلك.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدّليل على جواز الوكالة على الجملة؟

2 ـ ومن تجوز له الوكالة؟

3 ـ وما الّذي تجوز فيه الوكالة؟/

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

الدّليل على جواز الوكالة الكتاب والسنّة وإجماع الأمّة والاعتبار.

فأمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾(1). وهذا يقتضي التصرّف في مال اليتيم. فإذا جاز ذلك بإذن من لا يملك المال حال التّصرّف فيه، فجواز ذلك بإذن من يملك التصرّف فيه أولى وأحرى. وقد قال تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾(2). وقال

---

(1) سورة النساء، الآية: 6.

(2) سورة البقرة، الآية: 220.

تعالى: ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ﴾[1]، وهذه وكالة من أصحاب **الكهف**. وهذا وإن ثبت أنّه كان في شرعهم، فشرع من كان قبلنا مختلف في تعبّدنا به.

وأمّا الآثار فكثيرة، منها وكالته، عليه السلام، **لحكيم بن حزام** على أن يشتري له أضحية بدينار فاشتراها، ثمّ باعها بدينارين فاشترى بأحد الدّينارين شاة وأتاه بها مع الدّينار الآخر فقال له: تصدّق بالدّينار. الحديث[2]. ودفع لغيره ديناراً فاشترى به شاتين فأتاه بذلك فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك[3]. إلى غير ذلك من الآثار الكثيرة في هذا.

وقد تقرّر الإجماع على جواز الوكالة على الجملة.

ومن جهة الاعتبار أنّ بالنّاس ضرورة إلى النّيابة عنهم في أموالهم. فاقتضى ذلك جواز الوكالة لأجل هذه الضّرورة، كما جاز لهم التصرّف فيه بأنفسهم لحاجتهم إلى ذلك.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال:

كلّ من جاز له التصرّف في الشّيء بنفسه، جاز أن يتسبَّب[4] غيره فيه، لأجل الحاجة إلى ذلك على الجملة كما قدّمناه. وكذلك حكم الوكيل في نفسه، فإنّه من جاز أن يتصرّف لنفسه جاز أن ينوب فيه عن غيره، ما لم يمنع من ذلك مانع. مثل العبد فإنّه يعقد نكاح نفسه ولا يعقد نكاح ابنته، وهذا[5] ما أذن سيّده له في التصرّف في المال. وكذلك المرأة لها أن تعقد على نفسها المعاوضة على الاستمتاع، ولكن بشرط الوكيل[6]، ولا تعقد نكاح غيرها من

(1) سورة الكهف، الآية: 19.
(2) نصب الراية: 4/90.
(3) نفس الإحالة.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستنيب.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا.
(6) هكذا في النسختين، والمعنى ظاهر، وفيه قلق.

الإناث، إلى غير ذلك ممّا في معناه.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

أمّا العبادات الّتي هي من أعمال الأبدان المحضة، فلا تجوز النّيابة فيها كالصّلاة والطّهارة، فإنّه لا ينوب فيها أحد عن غيره، وكذلك الحجّ، لكنّه إذا أوصى به، نفذت الوصيّة على ما نذكره في موضعه. وعند المخالف يستناب فيه مع الحياة، على ما نفصّل القول فيه في موضعه، إن شاء الله تعالى، لمّا كان عبادة بدنيّة وفيها بذل مال، والأموال تصحّ النّيابة فيها. ولكن إذا كان ذلك ممّا لا يستناب فيه على ما قدّمناه من مذهبنا ومذهب المخالف، فإنّ العذر عن ذلك كون ركعتي الطّواف تبعا في هذه العبادة.

وأمّا الزّكاة فإنّها تصحّ النّيابة فيها من مال من ينوب، ومن مال من وجبت عليه الزّكاة. وإن كانت من القربات، فإنّها عبادة ماليّة. وقد **استناب النبيّ ﷺ عليًّا في نحر البدن**[1] **ونحرها قربة**.

وأمّا الصّوم فإنّه لا تصحّ النّيابة فيه مع الحياة. وأمّا مع الموت فعندنا أنّه لا يصوم أحد عن أحد حيًّا كان أو ميّتاً. وقد روي في الصحيح الحديث المذكور فيه **من مات وعليه صوم صام عنه وليّه**[2]. والمخالف أخذ بها[3] على حسب ما ذكرناه في الكتاب «**المعلم**». وبه أخذ **الشّافعيّ** في أحد قوليه.

وأمّا الحدود فتجوز النّيابة فيها أيضاً. وقد قال عليه السلام: (**واغْدُ يا أُنَيْس على امرأة الآخر فإن اعترفتْ فارجمها**[4]).

وعند الشافعية اختلاف في جواز الوكالة على استيفائها مع غيبة الموكِل.

وتجوز الوكالة في اقتضاء الحقوق. وقد قال عليه السلام لجابر: خذ لي

---

(1) فتح الباري: 4/302 ـ إكمال الإكمال: 3/372.

(2) المعلم: 2/39 حد. 443.

(3) كذا في النسختين، ولعل الصواب: به.

(4) الترمذي: 3/102. حد. 1433.

من وكيلي في خيبر خمسة عشر وسقا[1].

وكذلك في إجرائها، وفي حديث **فاطمة بنت قيس إقامة وكيل** يجري عليها النفقة[2].

وتجوز النيابة في عقد النكاح. وقد وكّل عليه السلام **عمرو بن أمية** في عقد نكاح **أم حبيبة بنت أبي سفيان** وهي **بالحبشة**[3]، ووكَّل **أبا رافع** في عقد نكاح ميمونة بنت الحارث[4].

وتجوز النيابة في الطلاق، وقد قال تعالى: ﴿فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾[5].

إلى غير ذلك من سائر المعاملات المالية.

وأما الوكالة على الخصومة فإنه لا خلاف في جوازها عند الضرورة إليها لأجل غيبة الموكل أو مرضه أو كونه امرأة ذات خدر. لأن هؤلاء في حكم من لا تتأتّى منه الخصومة (فضمت الضرورة إلى إباحتها بهم)[6].

وأما وكالة الحاضر على الخصومة فإن ذلك يصحّ عندنا، وعند الشافعية. ويمنع عند **أبي حنيفة**، وخالفه أصحابه في ذلك، **أبو يوسف ومحمد بن الحسن**. وتعلق من الظواهر بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ﴾[7]. فإذا طلب بحق فلم يحضر مجلس الحكومة واستناب، فقد أعرض، والإعراض قد تضمنت هذه الآية ذمَّ من فعله.

---

(1) مختصر أبي داود: 5/238 حد. 3485.

(2) البيهقي: السنن الكبرى: 7/471 ـ 476.

(3) مختصر أبي داود: تهذيب ابن قيم الجوزية: 3/32.

(4) البداية والنهاية: 6/391.

(5) سورة النساء، الآية: 35.

(6) هكذا في النسختين ولعل الصواب: فدعت. . . . لهم.

(7) سورة النور، الآيات: 48 ـ 49.

وهذا استدلال ضعيف، والقصد به ذم من لم يؤمن، ألا تراه قال تعالى: ﴿أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ﴾[1] وهذه أوصاف الكفار.

وتعلقوا بقوله، عليه السلام: «**من ولي بين اثنين فَليسَاوِ بينهما في المجلس والنظر**»[2]. وهذا يقتضى حضور الخصمين جميعاً حتى تقع المساواة بينهما. وهذا كما كتب عمر، رضي الله عنه، **لأبي موسى الأشعري**: «ساو بين الخصمين من مجلسك ولفظك ولحظك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك»[3].

وهذا التعلق أيضاً ضعيف، لأن المساواة تحصل بين الوكيل والخصم والوكيل يحل محل الموكل، والمساواة ها هنا بين الوكيل والخصم كالمساواة بين الموكل والخصم، مع كون الخصم له أن يوكّل فيستويان في سائر الأحوال. فإذا لم يمنعه من ذلك فقد وقعت المساواة بينهما.

وهكذا إن قالوا: أحد الخصمين يتمرّث بالخصومة وحضور مجلس المحاكمة، وقد يضع من نفسه بذلك، فإذا وكل الآخر وتنزه عن ذلك لم يستويا، لأنه، أيضاً، لم يُمنع هو من أن يوكِّل، واختار أن ينوب بنفسه، فترْك المساواة بينهما من قِبَله لا من قبل الحاكم.

وتعلق بأن[4] لا تنقل الشهادة عن شهود حاضرين، فإذا لم تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل فكذلك لا تقبل الوكالة مع حضور الموكل إذا لم يرض الخصم بذلك.

وأجيب عن هذا بأن لسان الوكيل كلسان الموكل وكلامه ككلامه، وشهود الفرع إنما شهدوا بنقل شهادة، وشهود الأصل شهدوا بالحق من أصله، فلم يكن ذلك كالوكالة. وأيضاً فإن القاضي يلزمه البحث عن عدالة الشهود، فإذا التزم

---

(1) سورة النور، الآية: 50.

(2) من كلام علي كرم الله وجهه الاستذكار ج 23 ص 88.

(3) إعلام الموقعين: 1/72.

(4) هكذا، ولعل الصواب: بأنه.

قبول شهادة الفرع كشف عن فرقتين شهود الفرع وشهود الأصل، وهذا فيه كلفة، بخلاف الوكالة. وأيضاً فإن عدول شهود الأصل عن الحضور، مع عدم العذر، مما يستراب، إذ لو حضروا لَظهر للقاضي من حالهم وتأدية شهادتهم ما يوجب الوقف.

وقد قال بعض أصحاب الشافعي: الفرق بينهما أن الوكالة/ تجوز من الحاضر إذا رضي خصمه، ولا تجوز قبل[1] شهادة الفرع مع حضور الأصل وإن رضي الخصم.

وهذا الذي ذكروه، من الفرق، وكون الرضى لا ينفع، ونقل الشهادة والرضى ينفع في قبول الوكالة، يفتقر إلى تفصيل.

ويعتمد من يجيز الوكالة على الخصومة، وإن كان الموكل حاضراً، على أن إباء الخصم من التوكيل عليه تعنيت وإضرار بالغير من غير فائدة، وهذا ممنوع في الشرع، ألا ترى أن من عليه حق فوكل على قضائه فإن[2] ليس من حق من له الدين أن يمتنع من قبوله من يد الوكيل لما كان لا فائدة له في هذا الامتناع. ويجيب المخالف عن هذا بأن الامتناع من قبول الخصام بوكالة فيه غرض صحيح، لأنه قد يوكل الخصِم الألدّ الحاذق بالتحيّل في الخصومات وإبراز الباطل في صورة الحق، ولو تُرِك الخصم مع خصمه لأَمِن من ذلك، مع كون الوكيل لا علم عنده من صحة الطلب أو بطلانه أو[3] المرافعة عنه هل هي حق أو باطل، وقد يتعدى فيها بما[4] يجوز، فلهذا يجب أن تمنع وكالة الحاضر. بخلاف الوكالة على قضاء الدين فإن تناوله من يد الموكل والوكيل سواء لا يتصور اختلاف الأغراض فيه. وليس منازلة الخصم المطلوب أو الطالب، وهو مغفّل، كمنازلة الوكيل العارف بوجوه الخصام والمناقضات.

فإن قيل: قد صار للطالب حق في مجاوبة المطلوب، وإذا كان ذلك حقاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ولا يجوز قبول.

(2) هكذا، ولعل الصواب: فإنه.

(3) هكذا، ولعل الصواب: وَ.

(4) هكذا، ولعل الصواب: (بما لا) ـ أو (ما).

له لم يلزمه أن ينتقل عنه حقه في ذلك إلى غير من استحقه عليه، ألا ترى أن الحوالة لا تلزم بغير رضى من له الدين لما كان استحق ديناً في ذمة فلا يلزمهُ التنقل إلى غيرها.

وأجيب عن هذا بأن إلزامه للحوالة إسقاط ملك له عن ذمة واشتراء ذمة أخرى، والبيع والشراء لا يكون إلا بالتراضي. وهذا المعنى لا يتصور في الوكالة.

وأما ما ذكروه أيضاً من كون الوكيل قد يقع في المدَافعة بباطل، فإن ذلك لم يحرم عليه الوكالة، لأنه يبني أمره على صدق من وكله، ألا تراه إذا رضي الخصم بالوكالة حصل الاتفاق على جوازها مع إمكان أن يكون الوكيل يقع في باطل. وإنما ذلك لأنه يبني أمره على صدق من وكّله.

وكذلك أيضاً، اختلف الناس في جواز الوكالة على استيفاء القصاص والحقوق من غير حضور الموكل. وذكر بعض أصحاب **الشافعي** أن الوكالة عليها تجوز من غير خلاف عندهم. وقال بعضهم بالمنع من غير خلاف. وقال بعضهم: إن مذهب **الشافعي** على قولين في هذا. واعتلّوا للمنع بأنه يمكن أن يكون لو حضر الموكل لعفا وأسقط حقّه في ذلك، فيجب أن يحتاط للدماء بأن لا تراق مع جواز أن تصان، فإذا حضر الموكِّل لاستيفائها أُمن من هذا الذي جوزناه. واعتلّ المجيزون بأن هذا التجويز والإمكان لا يرفع الأصل الثابت وهو جواز النيابة قياساً على سائر الحقوق. وناقضوا من منع من ذلك بأن هذا الإمكان والتجويز الذي اعتلوا به يوجب، أيضاً، ألاّ يقام الحدّ إلا إذا حضر الذين شهدوا لِجوازِ أن يرجعوا عن الشهادة.

قال القاضي أبو محمد، رحمه الله:

«وهي من العقود الجائزة فليس للوكيل أن يتصرف بعد علمه بعزل الموكل له وتصرفه باطل يضمن ما أتلف. وفي ضمانه ما يتصرف فيه بعد العزل وقبل العلم خلاف».

قال الإمام، رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ هل الوكالة من العقود الجائزة أو اللازمة.

2 ـ وهل تصح العزلة مع كون المعزول لم يعلم بها.

3 ـ وهل يقوم الموت وزوال العقل مقام العزلة؟

4 ـ وهل/ يلزم الموكل إقرار وكيله؟

5 ـ وهل تتضمن الوكالة على العقود ما تعلق بها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على أن ينوب عنه في ما ذكرنا أنه تجوز النيابة فيه، فإن الوكيل بالخيار بين أن يقبل الوكالة أو يمتنع من قبولها.

فإن قبلها على الفور عند خطاب الموكل فلا خفاء بصحة ذلك وجوازه.

وإن لم يقبلها إلا بعد زمن طويل، فإن أصحاب **الشافعي** ذكروا أن هذا القبول يصحّ في المعلوم والمجهول والموجود كما يصح ذلك في الكالة[1]. مثل أن يوكله على أن يقتضي من زيد مائة دينار، أو يقتضي من زيد ما استحقه عنده مِن غير أن يعلم مبلغه، أو يوكله على ما قد استحقه على زيد أو على ما يستحقه قِبَله. كما يستوصي من ينظر بعد موته في معلوم أو مجهول، وما استحق وما يستحق. فلما كانت الوصية تصحّ، وإن تأخر القبول، فكذلك تصح الوكالة وإن تأخر القبول.

وأما مذهبنا فإنه قد يخرج عندي على القولين في قول الرجل لامرأته: اختاري، أو قوله: أمرك بيدك. فإنه اختلف قول **مالك** فيها إذا قامت من المجلس ولم تخْبره في أي مرة، أن حقها سقط بتراخيها عن الجواب.

وقد قال بعض أشياخي من الفقهاء: إن هذا الاختلاف ينبني على اختلاف الأصوليين في الأمر، هل هو على الفور أو التراخي؟ فذكرت هذا لإمامي في الأصول فلم يتلقه بالقبول، وقال: أوْلى من هذا أن يكون يجري، هذا على

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الوصيّة.

اختلاف أهل الأصول في العموم في المعاني هل يثبت أم لا؟ لأن قوله: أمرك بيدك، لم يُذكر فيه الزمن بصيغة يتناوله من حيث لم يقيد الخطاب بزمن حمل على العموم.

وعلى طريقة هذين الشيخين يتصور الخلاف في الوكالة بحسب ما تُصوّر في التخيير والتمليك.

والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار القصود والعوائد، هل المراد بهذه الألفاظ استدعاء الجواب بِداراً، فإن تأخر فإن المخاطب يسقط حكم خطابه، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤخراً؟

وما ذكره أصحاب الشافعي من الاستدلال بالوصية فإن الأصل في هذا كله أصل واحد يرجع إلى ما قدمته. وإن وقعت التفرقة فبحسب مقتضى المراد والمقصود في هذه الألفاظ. والغرض في الوصية اقتضاء الجواب بعد الموت إذا كان الحكم فيها جواز قبول الوصي بعد الموت مع سماعه لخطاب الموصي في الحياة وتأخيره الجواب. فإذا تقرر هذا فاعلم:

أن العقود على ثلاثة أضرب:

1 ـ عقد لازم من الطرفين جميعاً، كالبياعات والإجارات والنكاحات.

2 ـ وعقد جائز من الطرفين جميعاً كالجعالات والمساقاة والقراض، على أحد الأقوال، أيضاً، عندنا، فإنه قد قيل في الجعل والقراض: إنه لازم بالعقد لهما جميعاً. وقيل: بل كل واحد منهما بالخيار، ما لم يعمل العامل، على ما سيبسط في موضعه، إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: هلا عددتم النكاح من العقود اللازمة من أحد الطرفين، وهو المرأة، الجائزة من الطرف الآخر وهو الزوج لكونه قادراً على حَلِّ العقد بالطلاق وإن لم ترض الزوجة بحله.

قيل: ليس المراد بما ذكرناه إلا النظر في رفع العقد من أصله. والزوج، ها هنا، إنما يملك قطع استدامة العقد واتصاله، لا رفع العقد من أصله، ألا تراه

إذا طلق قبل الدخول لزمه نصف العوض، وبعد الدخول يلزمه جميع العوض وهو الصداق. فلو كان له رفع النكاح من غير غرامة لأمكن أن يلحق بالعقود اللازمة من طرف دون طرف.

وكذلك يحسن عندي أن يقال/ في الشركة وأن حقيقتها مبايعة، ولكن لكل واحد من الشريكين أن يدعو إلى المفاصلة، فتُحلّ الشركة. وإنما ملك في هذا قطع الاستدامة وهو الاتصال.

فإذا تقرر هذا فإن الوكالة من العقود الجائزة من جانب الموكِّل لأنه إنما ينوّب عنه الوكيل لا لحق نفسه ومنفعتها إذا كانت الوكالة بغير عوض بالحق الموكل ومنفعته، وله أن يمتنع من هذا الانتفاع، قياساً على الوديعة فإن له ارتجاعها بإجماع لما كان حفظها في يد المودع حقٌّ له لا حقٌّ عليه.

وهذا ما لم يتعلق بالوكالة حق للوكيل أو لغيره، فإن تعلق بالوكالة حق للوكيل مثل أن تكون الوكالة بعوض فإنها تكون إجارة، فإنه لا يمكن الموكل من عزلة الوكيل. أو تتصور للوكيل منفعة من غير جهة المعاوضة. أو يكون في ذلك حقٌّ لغير الوكيل فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل الوكيل. كما لو وكّل رجل رجلاً على مخاصمة إنسان، فإنه إذا أراد عزلته بعد أن نشب في خصام المطلوب وأشرف على الانفصال، فإن الموكل يُمنع من عزلته إذا منع من ذلك المطلوب، إلاّ لِعذر، كمرض الوكيل أو سفره، أو عجزه عما وُكل عليه، أو تفريطه فيه تفريطاً يخشى على تلف حق الموكل معه.

وأما الطرف الآخر، وهو الوكيل، فإنه في حقه من العقود الجائزة، أيضاً، على ما ذكره ابن القصار من كون الوكيل له أن يعزل نفسه. وبعض أشياخي يرى أن المسألة تتخرج على القولين في الهبة، هل تلزم بالقول ويمنع الواهب من الرجوع عنها وإن لم تقبض، أو يكون للواهب الرجوع عنها قبل أن تقبض، لأن الوكيل وهب حركاته وتصرفاته لمن وكله فمنع من الرجوع عن ذلك، كما يمنع من الرجوع عن سلعة وهبها، إذ لا فرق بين هبة المنافع وهبة الرقاب.

وبعض أشياخي يرى أن الخلاف في ذلك مسطور، ويتعلق بما رواه **ابن نافع** في **المبسوط** عن **مالك** فيمن أبضع مع رجل بضاعة ليشتري له بها سلعة بعينها، فذهب الوكيل فاشتراها، ثم قال، بعد شرائه: إني لنفسي اشتريتها. فإنه يقبل قوله، ويحلف إن اتّهم. وذكر في ثمانية **أبي زيد** عن **عبد الملك بن الماجشون** أن السلعة تكون للآمر، إلا أن يكون قد أشهد الوكيل حين الشراء أنه اشتراها لنفسه. فأما رواية **المبسوط** فإنها عنده تقتضي ما قاله **ابن القصار** من كون الوكالة غير لازمة للوكيل، لأنه جعل السلعة له وإن لم يشهد حين العقد أنه إنما اشتراها لنفسه وأنه قد انعزل. هذا وقد أدخل الموكِّلَ بالتزامه للوكالة في ضرر، وهو نقل ماله من بلد إلى بلد على أن يحصل للموكِّل غرضه بهذا النقل للمال، والتغرير به. ولو غرّر به وهو معتقد أنه يحمله إليه ليردّه لضمنه إن تلف. وأقلّ مراتبه أن يكون كالوعد، والوعْد إذا أدخل الواعدُ من وعَده به في ضرر لزمه الوفاء به.

فإذا كان هذا هكذا اتضح عنده أن هذه الرواية تقتضي ما قاله **ابن القصار**. ألا تراهم قد قالوا في الوصي: إنه لا يمكّن من الرجوع عما قبله من الوصية بعد موت الموصي. ويمكّن من ذلك في حياته، لأجل أن الميت إذا مات قبل أن يرجع الوصي عن قبول الوصية دخل الضرر على اليتامى بانعزالة، فلم يمكّن من الرجوع، بخلاف رجوعه في حياة الأب.

وهذا الذي قاله بعض أشياخي صحيح من جهة أنه إذا أمكن[1] الوكيل من الانعزال مع ما يلحق الموكل من الضرر في هذا، فأحرى/ أن يُمكّن من الانعزال في ما لا ضرر فيه على الموكل.

لكن قد يقال ها هنا في العذر عن هذه الرواية: إنه إنما جعل السلعة لمشتريها لأجل أنه قد باع البائع منه على أن يملّكها للوكيل، فملكه إياها، وكونه اعتقد شراءها لنفسه استحالت الوكالة عليها، فسقطت الوكالة من أجل

(1) هكذا، والصواب: مُكِّن.

فوات ما وكّل فيه لا من جهة كونه له الانعزال. كما لو وكله على شراء عبد بعينه، فوجده قد عَتَق أو قد مات، فإن الوكالة بطلت من جهة فوت ما وكّل فيه لا من جهة الانعزال.

وأما قول أصبغ: إنها للموكِّل وإن أشهد الوكيل. فإن هذا أيضاً قد حاول بعض أشياخي أن يجعله قولاً ثانياً في كون الوكيل لا يُمكّن من عزل نفسه. لكن هذا الترجيح أيضاً يُقدح فيه بما أشرنا إليه من كون الموكل قد لحقه الضرر في نقل ماله فلم تمكّن الوكيل من إلحاق الضرر به مع التزامه لما ينفعه لا لما يضره.

وأما سبب الاختلاف في عدم الإشهاد، هل يكون ذلك للموكل أو للوكيل، على ما حكيناه عن **الثمانية لأبي زيد**، فإن ذلك مبني على الأصل أن تصرّفات الإنسان لنفسه. كما يعارض الاحتمالات في كونه اشترى لنفسه أو للموكل. وكما نقول في تعارض الشهادات: إنه يرجح بالأعدل منهما.

وأما من ذهب إلى أن الشِراء للآمر فإنه استصحب الحال التي خرج عليها الوكيل فلم يبِن عنها إلا بتصريح من الوكيل.

وقد اختلف أصحاب **أبي حنيفة** في من وْكِّل على شراء سلعة فاشتراها، فعند شرائه قال: إني اشتريتها لنفسي. فقال **محمد بن الحسن**: هي للموكِّل. وقال **أبو يوسف**: هي للوكيل..

وظاهر الأمرأن هذين الرجلين لم يختلفا، إذا وُكِّل على شراء سلعة بعينها فاشتراها، أنها للآمر، إذا اشتراها بغير تصريح لذكر من اشتراها له. لكون التعيين ترجيحاً، فيضاف إلى ترجيح الأصل وهو كون تصرف الإنسان لنفسه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

ذكرنا ما في المذاهب من حكم عزل الوكيل نفسه، وذكرنا ما ذكره **ابن القصار** من تمكينه من عزل نفسه، وعليه **أبو حنيفة والشافعي**. وهذا مع حضور الموكل.

فأما مع غيبته فإن **أبا حنيفة** شرط في صحة العزلة حضور الموكل، قياساً على المودَع، فإنه لا يخرج عن حكم الإيداع مغ غيبة المودع. وأيضاً فإن إجازة العزلة مغ غيبة ربّ المال إضرار به والإضرار ممنوع.

والحجة عليه أنه إذا كان لا يشترط رضاء الموكل في العزلة، لو كان حاضراً، فلا فائدة في اشتراط حضوره، بل غيبته وحضورهُ سيان، إذا كان تمكّن الوكيل من أن يعزل نفسه وإنْ لم يرض الموكل. ألا ترى أن الزوجة لما لم يشترط في وقوع الطلاق عليها رضاها به لم يشترط حضورها بل يقع عليها وإن كانت غائبة. وأما المودَع فلا يُتصوَّر عزل نفسه إلا بردّ الوديعة لمالكها أو إخراجها لحاكم على وجه يسوغ للحاكم معه قبولها من المودَع. وأما الوكيل فإنه إنما يفيد عزل نفسه قطعَ التصرف في المال الذي وكّل عليه، فذلك جائز ولا مانع منه. إلا أن يتعلق بالوكالة حق أو منفعة للوكيل أو لغير الوكيل، كمطلوب وكّل الطالب رجلاً على خصامه، وأشرفا على إنجاز الحكم، فإنه لا يمكَّن الموكِّل من عزل الوكيل إذا امتنع من ذلك المطلوب بما يلحقه من الضرر.

وأما إن كان الوكيل غائباً فعزله الموكل، وبلغته العزلة وعلمها، فإنه يتحقق عليه حكمها، ويكون متعدياً في التصرف في المال الذي عزل عنه.

وأما إن لم تبلغه العزلة، وتصرف بعدها وقبْل العلم بها، فإن المذهب على قولين: هل/ يثبت حكم المنع من التصرف في باطن الأمر أم لا يثبت؟ وكذلك عند الشافعية قولان في هذا، أيضاً، واختار **أبو حامد الاسفرائيني** ثبوت حكم العزلة وإن لم يعلم بها الوكيل، قال: وبهذا نفتي. ومذهب **أبي حنيفة** أن العزلة لا يثبت حكمها حتى يعلم الوكيل بها.

وقد جرى الرسم في المذاكرات بين الفقهاء وأهل الأصول في إجراء هذه المسألة على اختلاف الأصوليين في النسخ هل يتحقق حكمه عند بلوغ الخطاب للنبي عليه السلام وإن لم يبلغه للمكلفين، أو لا يتحقق حتى يبلغه إليهم. وذُكر

في مثال ذلك ما جرى من نسخ القبلة التي كانت إلى بيت المقدس فحولت إلى الكعبة، فأتى رجل بعض الصحابة وهم يصلون، رضي الله عنهم، فأخبرهم أن القبلة قد حولت، فاستداروا، واعتدّوا بما مضى من الصلاة. وإن كان قد وقع منهم هذا الفعل بعد النسخ، في ظاهر الأمر.

وعلى هذا يجري في المذاكرات الاختلاف الذي وقع في خطيب خطب يوم الجمعة، وهو معزول ولم يعلم بالعزلة، هل يُعتَد بتلك الخطبة أم تعاد؟

فكذلك يجري الأمر في الوكيل فإن الإذن له في التصرف كالأمر به، والعزل له كالنهي. فيختلف فيه، أيضاً، هل يتحقق حكم النهي من المخلوق قبل العلم به. كما قلناه في نهي الخالق تعالى.

ومن الناس من ذهب إلى التفرقة بين ثبوت الناسخ ولم يعلم به المكلف، وبين مسألة الوكيل. فإن العبادات وأمور الديانات بخلاف المعاملات، لأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس فإنه حرام عليه الصلاة لغيرها، ويؤثَّم إن فعل وهو مأمور بالصلاة إليها، فلا يتحقق كونه يثبت عليه حكم النهي عن الصلاة إليها. وأما تصرف الوكيل فإنه من المباحات، إن شاء تمادى عليه، وإن شاء تركه فيتوجه عليه حكم النهي عن التصرف. ولا مناقضة في ذلك لأنه كان له ألا يتصرف. ولم يمكن المصلي إلى بيت المقدس ألاّ يصلي إليها. فإذا باع الوكيل ما وكِّل على بيعه، وهو معزول ولم يعلم بالعزلة، فإن البيع يمضي على الموكِّل إذا قلنا بأن حكم العزلة إنما يتحقق بعد العلم، وإن قلنا: إن حكمها يتحقق قبل العلم كان للموكل أن ينقض البيع ويرتجع سلعته إن كانت موجودة، ويجري الأمر فيها على حكم الاستحقاق.

وقد ذكر **ابن القاسم** أن من وكِّل على قبض دين، ثم عزل عنه ولم يعلم بالعزلة، متى قبض الدين فإن المديان لا يبرأ في الدفع إليه.

وأشار **سحنون** إلى مناقضة من قال بهذا في الدين، وقال في البيع بإمضائه. والظاهر أنه اختلاف. وقد تقرر اختلاف المذهب في من أتلف مال

غيره غلطاً، بإذن تقدم، هل يضمن أم لا؟ فقيل بضمانه لكون الخطإ والعمد في مال الناس سواءً. وقيل: لا يضمن لأجل شبهة الإذن. فكذلك يجب الاختلاف في تصرف الوكيل قبل أن يعلم بالعزلة على هذا الأصل لأنه تصرف بوجه شبهة الإذن. وقد قال في المرأة إذا أنفقت من مال زوجها، بعد أن طلقها ولم تعلم بطلاقه: إنه لا يرجع عليها لأنه أخطأت على مال زوجها بشبهة الإذن. خلاف أن يموت زوجها فتنفق من ماله بعد الموت فإنها تُطلب بالنفقة لما كان خطؤها ها هنا على مال الورثة، وهم لم يتقدم لهم إذن لها، بخلاف خطإها على مال زوجها وهو حي.

وكذلك اختلف المذهب في تصرف/ الوكيل بعد أن مات الموكِّل ولم يعلم بموته. فقيل: تصرفه غير ماض، وللورثة أن يردوا بيعه. وذكر **ابن المنذر** أن هذا إجماع من أهل العلم. وليس كما قال، بل في **المدونة** إمضاء تصرفه، في ظاهر ما قال.

وذهب **مطرف** إلى أن دفعه وقبضه بعد موت الموكل ماض وإن علم بموته. وهذا إفراط، لأن تصرفه قبل العلم فيه من الإشكال ما بيناه ورَدَدْناهُ إلى مسألة أصولية، وأما بعد العلم واعتقاده أن الورثة صار المال إليهم، فلا وجه له. إلا أن يرى أن هذا حق استُحِق على الورثة قبل أن يرثوا هذا المال، فلهذا أمضاه. وهذا بعيد.

وما ذكرناه من اختلاف المذهب في تصرفه، وما أشرنا إليه من بنائه على الأصل الذي قررناه وهو الخطأ على مال الغير بشبهة إذْن تقدمَ و[1]يقتضي إجراء الخلاف في رد فعله من بياعات وكونه[2] اقتضائه لا يبرأ به الغريم، وكونه هو في نفسه ضامن[3] للمال. وإلى هذا أشار بعض الأشياخ ورأى أن ما وقع في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كون.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ضامناً.

الروايات، من كون الغريم لا يبرأ بالدفع للوكيل إذا لم يعلم بالعزلة، يقتضي أن صاحب الدين إذا طلب المديان وضمّنه، كان للمديان أن يضمِّن من قبض منه، وهو الوكيل.

وبعض أشياخي يشير إلى حمل مثل هذا، مما وقع في الروايات، على تصور الخلاف في ردّ أفعاله لا في ضمانه. وتضمين الغريم من غير أن يُجعَل له مرجع على من قبض منه بتَعدّ. وقد أشار ابن المواز إلى استبعاد ضمان الغريم، حتى قال: ولو كان الغريم علم عزل الوكيل لبرىء بالدفع إليه إذا كان القاضي قد قضى بذلك عليه، لكونه مجبوراً على الدفع. وهذا الإجبار من سبب رب المال مع ما فيه من التغرير بالناس والتحيّل على إتلاف أموالهم.

وإذا ثبت أن العلم بالعزلة له يمنع من قبض الدين فإن هذا في دين خص بالتوكيل. وأما دين لم يخص بالتوكيل عليه في نفسه لكن مقتضى الشرع دفعه للوكيل كوكيل وُكِّل على بيع سلعة فباعها ثم مات الآمر قبل أن يقبض، فإن ابن القاسم منعه من القبض لكون المال صار لغير من وكله. وأصبغ مكنه من القبض. فإذا قبضه نظر فيه الحاكم.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

ذكر بعض أصحاب الشافعي أن الوكالة تنفسخ بطروّ الجنون على الوكيل أو الموكِّل. واعتلّوا في ذلك بأن الوكالة من العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون، لكونه طرأ على عقد غير لازم، والمجنون ليس له أن يعقد في حال جنونه، وما قبل جنونه كان العقد فيه غير لازم له. وأيضاً فإن معنى قولنا: إن الوكالة من العقود الجائزة كونُ العقد موقوفاً على اختيار العاقد، والمجنون لا اختيار له، بخلاف النائم لكون النوم معنى طبيعي يتكرر، وينتبه النائم إذا نبّه، بخلاف المجنون.

وهذا الذي قالوه يتفصّل القول فيه عندي:

فأما إن كان الجنون طرأ على الوكيل فلا شك أن جواز التصرف لا ينتقل

إلى غيره، كما لو مات فإن ذلك لا يورث عنه، لكن إذا منعه الجنون من التصرف ثم عاد إليه عقله فأراد أن يبقى على التصرف الذي كان له قبل الجنون فإنه يمكّن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً ولم يعزله. وإن كان غائباً فلم يعلم بجنونه فيعزله فإن ذلك أيضاً لا يمنع من تمكينه من التصرف لكون الموكل أذن له بالتصرف، مع جواز القواطع له عن التصرف، فأشبه الجنونُ شغلاً قطع الوكيل عن التصرف.

وأما إن كان الجنون طرأ/ على الموكل فإن الأظهر، أيضاً، كونه يمكن من التصرف. كوديعة أودعها من جنّ قبل جنونه لا تنتزع ممن هي في يديه إذا جن المودِع. بخلاف أن يموت المودِع فينتزعها الورثة. لكن لو طال زمن الجنون به طولاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله، وأن يقيم له من يتصرف فيه، فإن هذا قد يدخل فيما ينظر له، على حسب ما بيناه في كتاب بيع الخيار.

وبين صاحبي أبي حنيفة، **محمد وأبي يوسف**، اختلاف في ردّة الوكيل، هل توجب عزلته أم لا؟ والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك، لأنه إنما يحجر عليه لأجل الردة في مال نفسه لأنه قد يصير للمسلمين، وأما مَال غيرِهِ فلم يتعلق به حق للمسلمين يوجب الحجر، إلا أن يُعلم أن مقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله وقد ارتدّ، فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف.

وكذلك لو وكل زوجته ثم طلقها، فإن الطلاق لا يوجب عزلتها، إلا أن يُعلم أن الموكل لا يرضى بتصرفها مع انقطاع ما بينهما من المودة والعصمة.

وكذلك لو وكل عبده ثم أعتقه، فإن بين أصحاب **الشافعي** خلافاً في انعزاله لأجل العتق، لأجل أن وكالة الإنسان لعبده كأمر له بخدمته، واعتاقه له يرفع وجوب إنفاذ أوامره لأجْل أنه لا يقدر على جبره على الخدمة في ماله. ولا يقدر على ذلك في الزوجة وغيرها من الأجانب.

وكذلك لو وكل عبده ثم باعه، فإن للمشتري أن يمنعه من التصرف لبائعه. لكنه لو أذن له فيه لكان في ذلك قولان عند أصحاب **الشافعي**، لأجل ما

قدمناه من كون وكالة السيد لعبده كأمر له بخدمته، فتنقطع الأوامر بالبيع، كما تنقطع بالعتق، على أحد القولين عندهم.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

اختلف الناس في حكم إقرار الوكيل على موكله على ثلاثة مذاهب:

فذهب **مالك والشافعي وابن أبي ليلى** إلى أن إقرار الوكيل على موكله غير لازم للموكل، ولا يقضى به عليه. وبه قال **زفر**.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنه يلزم إقراره على موكله إذا كان الإقرار في مجلس الحكومة، ولايلزم إذا كان الإقرار في غير مجلس الحكومة. وبه قال **محمد بن الحسن**.

وذهب **أبو يوسف**، في القول الذي رجع إليه، إلى أن إقراره لازم لموكله، سواء أقرّ في مجلس الحكومة أو في غير مجلسها.

وسبب هذا الاختلاف أن الموكِّل لا يلزمه أن يُتَصَرَّفَ[1] في حقوقه التي يملكها إلا بإذنه. فإن صرح حين الوكالة أنه لم يوكل الوكيل إلا على الخصومة دون الإقرار، ونهاه عن الإقرار، وقصر الوكيل على الخصومة خاصة، لم يكن له استحْلاف الخصم، ولا قبض الحق منه، ولا مصالحته عنه. وهذا لا خلاف فيه. وإن وكل، على الخصومة، ولم يتعرض إلى الإقرار عنه، فهذه المسألة التي ذكرنا الثلاثة مذاهب فيها:

فيرى **مالك والشافعي** أن الوكالة على الخصومة ليست بصريح في التوكيل على الإقرار، ولا مما تضمّنَتْه تضمناً لازماً. فكان إقرار الوكيل غير لازم، كما لو نص الموكل على نهي الوكيل عن الإقرار عنه. ويحتجون أيضاً بأن الوكيل ليس له أن يسقط الحق لا في مجلس الحكومة ولا في غيره، وله قبض الحق إذا وكل عليه في مجلس الحكومة وفي غيره من الأمكنة. فالإقرار ينبغي أن يكون

(1) على التأويل بالمصدر أي: التصرف.

غير لازم في الحالين، قياساً على الإبراء، وعكس استيفاء الحق وقبضه الذي يستوي فيه الحالان في تمكين الوكيل من القبض، فكذلك يجب أن يستوي الإقرار في الحالين في كونه غير لازم.

ويرى **أبو حنيفة** أن الخصومة/ معنى التوكيل عليها اقتضاء الجواب من الخصم، وجواب الخصم يكون بنعم، ويكون بقوله: لا. فمن وكل على الخصومة فقد وكل على الجواب الذي يطلب منه خصمه. والجواب يكون باللفظين جميعاً الإقرار أو الحجود. فوجب أن يكون للوكيل الإقرار والتصديق كما كان له الحجود والتكذيب.

وأجيب عن هذا بأن الخصوم[1] معناه المدافعة والمعاندة، والإقرار مساعدة وموافقة، فلا يصح أن يتضمن الشيء ضدّه. بخلاف الإنكار، فإن الإنكار والجحود هو في معنى المخاصمة التي هي مدافعة. فلهذا مكن الوكيل من الجحود والإنكار، ولم يجب أن يمكن من الإقرارلأن تمكينه من ذلك ضد المخاصمة، والمخاصمة أصل والمجاوبة فرع، وإذا عاد الفرع بمناقضة أصله ومضادته بطل في نفسه دون أصله.

وقد صار بعض حذاق أصحاب **أبي حنيفة** إلى أن انطلاق المخاصمة بالإقرار والحجودِ مجاز، وإنما الحقيقة المخاصمة خاصة، وانطلاق اللفظة الواحدة على حقيقتها ومجازها لا يصح، كما لو قال: اقتل أسداً، لكان المكلف مخيّراً في سائر الأسود البهيمة، لا في رجل شجاع، يسمى على جهة المجاز أسداً، لكون الحقيقة معناها استعمال اللفظة في ما وضعت في الأصل له، ومعنى المجاز استعمال اللفظة في ما لم يوضع في الأصل له. فهما أمران متناقضان، فلا يصح أن يراد بالكلمة الواحدة معنيان متناقضان.

وهذا يقتضي قصر الوكيل على المخاصمة خاصة دون الإقرار لئلاّ يقع في ما منعناه من انطلاق اللفظة على حقيقتها ومجازها معاً. والإنكار قد تظهر فيه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الخصام.

معنى المخاصمة فتنطلق عليه التسمية انطلاقاً هو كالحقيقة بخلاف الإقرار الذي هو ضد الخصومة، لكنه يسمى أيضاً خصومة لأن الإقرار يقابل الجحود، والشيء يسمى باسم ما قابله أو ما تعلق به، لكن لما كان الجواب في المخاصمة يكون بالجحود فيمكّن الوكيل منه باتفاق، ويكون بالإقرار فيجب أيضاً أن يمكن الوكيل منه، أخذا بالعموم والمجاز، لكون هذه اللفظة، التي هي المخاصمة، المراد بها اقتضاء الجواب، وإيقاع هذه اللفظة على الجواب مجاز، فهذا المجاز يجب أن يحمل على عمومه حتى يتضمن التوكيل الجانبين، وهما الجحود والإقرار. وهذا كما لو حلف ألاّ وضع[1] قدمه في هذه الدار. فدخلها ماشياً أو راكباً، أو على غير ذلك من الأشكال، فإنه يحنث لما كان القصد بهذا اللفظ ألاّ يدخل الدار. وهذا المقصود بهذا اللفظ إنما ينطلق عليه لفظ اليمين مجازاً فيجب تعميم هذا المجاز في سائر أنواع الدخول.

وكمن قال: امرأته طالق يوم قدوم زيد من سفره. فقدم زيد ليلاً، فإنه يلزمه الطلاق. و[2]لأن المراد بقوله: يوم، الوقت، وانطلاق هذه اللفظة على الوقت مجاز، والوقت هو الليل والنهار. فلهذا لزمه الطلاق.

وهذا الذي مثل به أصحاب **أبي حنيفة** مسلّم إذا كان القصد باللفظ ما ذكره واعتقده في أنه مراد القائلين بهذا اللفظ. وقد ذكر في كتاب الصوم من **المدونة** في من قال: لِلَّه عليّ أن أصوم يوم يقدَم فلان، فقدِم فلان ليلاً، فإنه يصوم صبيحة تلك الليلة. وهذا قد يُبْنَى، أيضاً، على أن المراد بذكر اليوم، ها هنا، الوقت، ليلاً كان أو نهاراً. وهو من الأسلوب الذي أجراه ها هنا بعض أصحاب **أبي حنيفة**.

وقد اختلفوا أيضاً في قول الوكيل: إن الموكِّل كذب في دعواه. هل يقبل هذا على الموكل أم لا؟ فمنهم من قال: يقبل، لما قلناه في لزوم الإقرار.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يضع.

(2) هكذا، ولعل الصواب: حذف الواو.

ومنهم من قال: لا يقبل، وفرّق بين قول الوكيل: إن موكلي قبض الحق وأبرأ منه، وبيْن/ قوله: كذب في دعواه أصل الحق. لأن تكذيب المدعي الموكل في دعواه يرفع أصل الوكالة، وإذا رفعها رفع ما تضمنته من قول الوكيل. بخلاف إقْرارِهِ بأن الموكل قد قبض الحق بعد أن قبل الوكالة وأخذ الخصام.

وأما **أبو يوسف** فقدّر أن الموكل أحلّ الوكيل محلّ نفسه، وجعل لسانه كلسانه وقوله كقوله، فلما كان الموكل يؤخذ بإقراره، سواء كان بين يدي الحاكم أو غائباً عنه، فكذلك وكيله.

وهذا يجاب عنه بأن الموكل إنما لزمه إقراره في الحالين بحكم حريته واستحقاقه في الشرع التصرف في ماله، ومؤاخذة الشرع له بأقواله فيه. بخلاف الوكيل الذي إنما يستحق النظر في هذا المال بإذن المالك لا بأصل الشرع، والمالك لم يأذن له فيه، والشرع لا تتعدى حدوده ومراسمه. والأب والوصي وإن جعل لهما الشرع في مال اليتيم، فإنه إنما جعل لهما ذلك في ما يعود بصلاحه، لا في ما يعود بضرره، فلم يجز إقرارهما على من في ولائهما[1] بحق عليهِ لمّا توليا المعاملة فيه اتباعاً لحدود الشرع في ما جعله إليهما.

وقد نوقض **أبو حنيفة** في المدعى عليه في ما يجب عليه فيه قصاص أو حدّ، فوكّل على المخاصمة عنه، فإن إقرار الوكيل لا يلزمه.

وانفصل عن هذا بأن الحدود تدرأ بالشبهات، والوكالة على الخصام إنما اندرج تحتها الوكالة على الإقرار بما ذكرناه من حكم التعلق تضمن هذا الخطاب[2] الذي هو مجاز، وهذه شبهة يدرأ الحد بها.

فإذا وضح مأخذ الخلاف في تضمن الوكالة الإقرار، فإن ذلك إنما يتصور الخلاف فيه مع الاقتصار على الوكالة على الخصام دون تصريح بالنهي عنه والإذن فيه. فمتى قال المُوَكِّل: وكلتك على الخصام، ونهيتك عن الإقرار. فإنه

---

(1) أي: ولايتهما.

(2) كذا في النسختين.

لا يختلف في أن إقرار الوكيل غير لازم للموكل لنهيه. فإذا أطلق الوكالة على الخصام والاستيفاء والاستحلاف والإقرار، فإنه إذا أقر على موكله فإن الظاهر من مذهب **الشافعي** أن إقرار الوكيل لازم، لنص الموكل على الإذن فيه للوكيل. لكن ذكر **أبو حامد الإسفرائيني** أنه إذا قال للوكيل: أَقِرّ عليّ لفلان بألف درهم. فإن هذا عندهم على وجهين: أحدهما: لزوم ذلك للموكّل لكون هذا القبول الصادر منه كتولّيهِ الإقرار بنفسه.

والوجه الآخر: أنه غير لازم، لأنه قصارى ما فيه أنه أمر الوكيل بأن يقول قولاً، ولا يكون أمره له بأن يقول قولاً من الأمر، ألا ترى أن النبي ﷺ لما قال **لعمر**، لما طلق ابنه **عبد اللّه** زوجته في الحيض: مره فليراجعها[1]. فلم تكن الرجعة واجبة، عندنا، على **عبد اللّه بن عمر** لما كان الأمر له بذلك من أبيه. بخلاف أن يقول النبي عليه السلام لأبيه: أخبره أن الله أمره بالرجعة، أو أني أمرته بها، أو يأمره ﷺ شفاها. فكذلك قوله لرجل: أقرّ عني بألف درهم. فإن هذا لا يعدّ إقراراً من الآمر، بل لا يتضمن سوى الأمر للوكيل بأن يقول هذا القول، وقول إنسان لا يؤخذ به آخر.

وهذا الذي قاله **أبو حامد**، واستشهد به في مسألة الرجعة، لا نوافقه عليه. بل مذهبنا أن المطلّق في الحيض يجبر على الرجعة، لأن قول النبي عليه السلام لأبيه: مره فليراجعها، الظاهر منه أنه أمره بتبليغ هذا الحكم وإخبار ولده به، وهكذا إذا قال: أقرّ عني، فالظاهر منه أن ما نطق به الوكيل هو كالنطق/ من الموكل، لقوله: أقرّ عني، فأضاف قول الموكل إلى نفسه. وقد وقع في **العُتبية لأصبغ** فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء، فإن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل. قالوا: ولو أشهد له بأنه جعله في الإقرار عنه كنفسه فإن إقرار الوكيل يلزمه. وظاهر هذا أنه يقول[2] كذلك في اللفظ الذي حكيناه في قوله: أقرّ عني. وإن كان هذا اللفظ الذي ذكره **أصبغ** قيده بقوله: جعله في الإقرار كنفسه.

---

(1) فتح الباري: 11/262.

(2) هكذا، ولعل الصواب: يكون.

فإذا كان المراد بقوله: أقرّ عني، هذا المعنى لم يفترق اللفظان، ولا ينبغي أن يتصور الخلاف. وربما كانت قرائن وألفاظ تحل محل النطق فلا يكون للخلاف فيها وجه. وإن اقتضت قرائن أنه لم يرد بالخطاب أن يجعل قوله كقوله، بل أراد وجهاً آخر يمنع من صرف القول إليه، ولا يتضمن كونه معترفاً، لم يكن هذا القول الواقع على هذه الصفة بالذي يوجب على الموكل ما أقرّ به الوكيل.

ولما أشار أبو حامد إلى الاختلاف عندهم في هذا القول إذا قال له: أقرّ عني لفلان بألف درهم، فإنه أجراه، أيضاً، على الوجهين المتقدمين، هل يسقط هذا الإقرار عن الموكل أو يلزمه، ويُرجع في تقرير هذا المال إليه.

قال: ولو قال له: أقرّ عني، ولم ينصّ على عدد ما يقرّ به عنه، بل أورد هذا اللفظ مطلقاً، فإنه على وجهين:

أحدهما: أن هذا الإقرار لا يلزم الموكل، لإمكان أن يكون أراد بقوله: أقرّ عني، بأمر غير الحقوق المالية، إما بإخبار عن حال من الأحوال، أو غير ذلك مما في معناه.

والوجه الآخر: أن هذا الإقرار يلزم الموكل، ويُرجع في تعبير ما لم يقرّ به الوكيل عنه إلى الموكل.

وهذا، أيضاً، لا يتصور فيه خلاف، إذا قال: أقرّ عني، في خصام في حقوق ومراجعة ومحاورة في ذكر مال والطلب به، حتى يفهم من هذا الإطلاق أن المراد به كالمراد بالمقيّد، وهو قوله: أقرّ عني بمال.

ومحصول الأمر في هذا يرجع إلى ما نبهناك عليه من اعتبار المقاصد بهذه الألفاظ، فهذا الذي يعتمد عليه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

اختلف المذهب فيمن وكّل على بيع سلعة أو شرائها، هل يقبل قول الوكيل، بعد انقضاء العقد، على ما يتعلق بالعقد، مما يوجب فسخه أم لا؟

فذكر في **المدونة**، فيمن أمر رجلاً أن يُسلِم له في طعام، ففعل، فردّ المسلم إليه دراهمَ زيوفاً، فقال: هي مما دفع إليّ الوكيل، فصدقه الوكيل في ذلك، وأقر أنها دراهم الآمر، يلزمه بدلُها، بإقرار وكيله، لأنه ائتمنه، فهو مصدق عليه في أنها دراهمه، وصار اعترافه بذلك كاعتراف الموكل.

وذكر في **الموازية** في وكيل وكِّل على بيع سلعة، فاطلع المشتري على عيب فيها، فشك أهل المعرفة هل حدث هذا العيب عند المشتري أو كان قديماً عند الموكل؟ فاعترف الوكيل أنه كان عند الموكل، فإنه لا يصدق على الموكل، ولا يمكّن المشتري من الردّ بهذا العيب بمجرد قول الوكيل.

وظاهر هذا خلاف ما قال في **المدونة**.

وقال **مطرّف وابن الماجشون**، فيمن وكل على شراء سلعة، فلما اشتراها زعم أنه شرط في العقد شرطاً يفسد البيع: إنه يصدق في ذلك مع يمينه، إن كان لم يدفع السلعة إلى الموكل. وإن نكل، عن هذه اليمين فإنه يغرم للبائع قيمة السلعة التي أفات عليه بنكوله عن هذه اليمين. ومراده غرامة الوكيل المقرّ بهذا الفساد، لإكمال القيمة إن زادت على الثمن الذي/ قبضه البائع. قال: وإن كان الوكيل لم يقر بهذا الفساد إلا بعد أن دفع السلعة إلى الموكل له على شرائها، فإن قوله غير مقبول، ويغرم القيمة للبائع، لكونه معترفاً أنه أفات على البائع سلعة يجب عليه أن يردها إليه، بدفعها لمن وكله.

وهكذا ذكر **عيسى** في **المستخرجة** أن الوكيل يصدق في إقراره بالفساد. ولكنه أطلق القول في ذلك، ولم يفرق بين كون الوكيل أقر بهذا قبل أن يدفع السلعة إلى موكله أو بعد أن دفعها. وظاهر هذا الإطلاق أنه يقبل قول الوكيل في الحالين، كما يقتضيه ظاهر **المدونة** فيما حكيناه عنها. وإن كان قد قال بعض المتأخرين بإن الوكيل إنما صدقه، في **المدونة**، في كون هذه الدراهم الزيوف دراهم الآمر، لأجل كون الطعام المسلم فيه لم يقبض، وإذا كان لم يقبض فقد بقي من أفعال الوكيل في ما وكل عليه وجه، فصارت الوكالة لم تنقطع علاقتها، فصُدق الوكيل فيما يقول، حتى إذا قبض الطعام انقطعت الوكالة وعلاقتها،

فيجب ألا يصدق الوكيل.

ومن المتأخرين من أنكر هذا التأويل، ورأى أن ظاهر **المدونة** تصديق الوكيل ولو قبض الطعام.

وهكذا، أيضاً، يتأول بعض الأشياخ مسألة **الكتاب** على أن الوكيل لم يُعلم المسلم إليه بأنه وكيل، أو أعلمه بذلك إعلاماً لا يبرئه من المطالبة بالثمن. فإذا كان من حق البائع مطالبة الوكيل بالثمن في ذمته صار الوكيل بدفعه الثمن للبائع غير بريء الذمة، والثمن باق عليه، وهو مطلوب به من جهة موكله. فإذا تصورت المطالبة عليه بالثمن أشعر ذلك بأن وكالته لم تنقطع، فصدق على الآمر الذي وكله، حتى لو عقد هذا السلم على وجه لا تكون عليه مطالبة بالثمن في ذمته، مثل أن يقول المسلم إليه: هذه الدراهم لفلان، أمرني أن ندفعها إليك في طعام. فإنه يجب ها هنا ألاّ يصدق الوكيل على الموكل، لكونه غير مطالب بالبدل ولا الثمن في ذمته. فوكالته انقطعت بنفس دفع هذه الدراهم الزيوف، فلا يصدق على موكله.

وهذا كله تخريج على قاعدة أشرنا إليها. وذلك أن الوكيل إذا فرغ مما وكّل عليه وانعزل صار إقراره على موكله كإقرار رجل أجنبي لا علاقة بينه وبين هذا الموكل. وإذا كانت وكالته لم تنقض وائتمنه على ما يفعل ويعقد (ما يفعله)[1]، وعقده يقع على وجوه، فقد ائتمنه على الوجه الذي يوقعه منها فوجب تصديقه.

فمن تأوّل مسألة **المدونة** على أن الطعام لم يقبض إنما أراد بهذا التأويل إثبات علاقة بقيت من الوكالة توجب تصديق الوكيل.

ومن اعتبر ما قلناه من كون الثمن يتعلق بذمة الوكيل إنما اعتبر أيضاً، بقاء علاقة من الوكالة توجب تصديقه، مع كون الموكل ائتمنه على ما يفعل فصار بذلك كالمصدق له فيما يذكره من الوجه الذي أوقع الفعل عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذفها.

وقد يهجس في الخاطر استنكار تفرقة **ابن الماجشون ومطرف** من كون الوكيل أقر بالفساد بعد أن دفع السلعة أو قبل أن يدفعها، لكونه إذا لم يدفع بقيت من الوكالة علاقة وهي الدفع، فوجب تصديقه. بخلاف انقطاع هذه العلاقة بدفع السلعة. مع كون سكوته، أيضاً، عن ذكر هذا حين دفعه السلعة كالمناقض لما يقتضيه فعله من كون الدفع لها كالاعتراف بصحة ملك الموكل على شرائها. وأيضاً، فإنه قبل أن يدفعها لو قال: إني اشتريت لنفسي وانعزلت عن الوكالة قبل شرائها، فإنه يصدق، على الخلاف/ الذي ذكرناه في أوَّل هذا الكتاب. فإذا كان قبل دفعها مقبول القول في صرف الموكل عن ملكها، فلا يتهم في أن تصرفهُ بوجه آخر، وهو اعترافه بأن العقد وقع فاسداً.

هذا حكم ما يقبل فيه قول الوكيل. فإذا قلنا بقبول قوله فهل يصدّق بيمين على صحة ما يقول أم بغير يمين؟.

ذكر في **المدونة**، في المسألة التي تكلمنا عليها ها هنا، أن الوكيل إذا اعترف بأن الدراهم دراهم من وكّله فإنه يصدق، ولا يلتفت إلى إنكار الموكل، لأن الوكيل أمينه. قال: وإن لم يعرفها الوكيل، ولكنه قبلها، فإنه يلزمه بدلها. وله أن يحلّف الموكل على أنه لا يعلم أنها دراهمه، وأنه لم يعطه إلاّ جياداً في علمه.

واعترض بعض الأشياخ بأن قال: تحليف الآمر بأنه لما لزم الوكيل بدل هذه الدراهم، ولم يبق بينه وبين الآمر محاكمة لوصوله إلى حقه من مال الوكيل. فإذا ألزمنا بعد هذا المأمور أن يحلف للآمر، كان من حجة الآمر في إسقاط اليمين عنه أن يقول: لو حضرت للمحاكمة بيني وبين قابض الدراهم لكان القول قولي في أني لا أعلمها من دراهمي، ولم أعطه إلا جياداً في علمي، ومن حقي أن ننكل عن اليمين، ونردّها على قابض الدراهم. فبغرامتك لقابض الدراهم الزيوف بَدَلها قد حُلْتَ بيني وبين ردّ هذه اليمين، وأتلفتَ هذا الحق عليّ، ولا يتوجه لك عليّ يمين، لأن الذي توجه عليّ من اليمين في مثل هذا

إليّ ردُّه، وأنت لم تحقق أنها دراهم[1] لجواز أن يكون قابضها هو الذي أبدلها، فلا أردّ عليك اليمين فيما لم تتحققه، ولا أقدر على ردها على قابض الدراهم لكونه قد سقطت المحاكمة بيني وبينه بحصول الدراهم الطيبة من قبلك في يديه.

وأجاب عن هذا بعض الأشياخ بأن هذه اليمين، التي ألزمها في **المدونة** للآمر، قد توجهت عليه من جهة قابض الدراهم، فإذا أبدل الوكيل الدراهم فإنه يقول: أنا قد حللت محلّ قابض الدراهم في طلبك بهذه اليمين منك، ولا نسقطها عنك، **فعلى مَا** يُمنع قابضها من مخاصمتك أنت لأنه اختار مخاصمتي واخترتُ أنا غرامتها له لأجل محله في طلب هذه اليمين منك، ولا يسقطها عنك كوني شاكاً في وجوب الغرامة عليك، كما لا يسقط حق الورثة في اليمين عمّن ثبت أن الميتَ، الذي ورثوه، ذكر أن له عنده حقًّا سماه، فإن الذي ادعى عليه الميت يحلف للورثة لكونهم يحلون محلّ من ورثوه. فإن نكل المدعّى[2] عن هذه اليمين غرم. ولم يلزم الورثة يَمينٌ لكونهم لا يعلمون صدق الميت. فإذا تعلقت اليمين على من ادعى عليه الميت لكون الوارث يحلّ محلّ الميت، ولم يمنع من تعلقها كون هذه الدعوى قد فات بها رد اليمين لموت المدعي، فكذلك إذا فات ردّ اليمين، ها هنا، لغرامة الوكيل لهذه الدراهم.

وقال في **المدونة**: إن لم يعرفها المأمور ولا قبلها فإن قابضها يستحلفه. وله أن يستحلف الموكل. وقد وقع اضطراب في من يبدأ باستحلافه ها هنا. فظاهر **المدونة** أنه يبدأ باستحلاف المأمور ثم يستحلف الآمر. ورأى بعض الأشياخ المتأخرين أن الأوْلى بداية الآمر. ورأى بعض أشياخي وغيره من الأشياخ يخير قابض الدراهم في من يبدأ باستحلافه منهما.

وسبب هذا الاختلاف النظر في ترجيح هذين المطلوبين باليمين على صاحبه.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: دراهمي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المدعى عليه.

فمن ابتدأ باستحلاف المأمور رأى أنه هو الذي تولى المعاملة والعقد والدفع لهذه الدراهم، وباشر قابضها بذلك، وقابضها يحقق عليه أنه أعطاه زيوفاً يجب بدلها، ولا يحقق ذلك على الآمر./ فالبداية بالمباشر للمعاملة والدفع الذي يحقق عليه الدعوى أوْلى ممّن لم يباشر ولا يحقق عليه دعوى.

ومن رأى البداية بالآمر رجح جانبه، ها هنا، بأنه صاحب الدراهم، وعوضها، الذي هو السلم هو يستحقه، والوكيل ها هنا يده كيد موكله ودفعه كدفعه، ولا حق له ولا ملك في الثمن ولا في المثمون، فكانت البداية بمن له الثمن وله طلب المثمون، أوْلى.

ومن ذهب إلى تخيير القابض في البداية بمن شاء منهما، وإذا قضي بتبدية المأمور فإنه إن حلف برىء من البدل، وإن لم يحلف وردّ اليمين على قابض الدراهم، فحلف قابضها، أبدلها له، ثم ينظر في تحليفه هو الآمر، فقد قلنا: إن بعض الأشياخ عارض ما في **المدونة** من استحلاف المأمور للآمر بأنه قد منعه من ردّ اليمين وأفات ذلك عليه، فلم يكن له طلب باليمين. وها هنا لم يفت عليه ردّ اليمين، بل استحلف القابض للدراهم ثم لما غرمها عاد لطلب الأول باستحلافه على أمر لا يحققه عليه، لأنه يجوز أن يكون قابض الدراهم هو الذي أبدلها، وأنه ظلم في طلب اليمين عليها. فيجري هذا مجرى من دفع إلى رجل دراهم من دين له عليه (كونه بصدقة أو لغير ذلك مما يوجب ردها)[1] فإنه لا يحقق الدعوى على دافعها إليه الذي كانت ديناً عليه، لكونه يجوز أن يكون مَن قبضها منه هو، أيضاً، أبدلها، فيجري ذلك مجرى أيمان التهم. بخلاف أن يكون قابضها ممّن هو عليه دين لم يخرج من يديه فإنه يستحلف دافعها من رد اليمين عليه.

ولو أن قابض الدراهم، في المسألة التي ذكرنا عن **المدونة**، طلب المأمور باليمين، وبدأ به، فنكل عن اليمين وردها على قابض الدراهم فلم يحلف، فإن

---

(1) هكذا في النسختين.

حقه قد سقط في البدل، ولا يكون له ها هنا أن يستحلف الآمر، لأن الآمر يقول: أنت إذا طلبت مني اليمين على ما نكل عنه المأمور فنكلْتُ عنها فنكولك السابق منك للمأمور امتنع[1] تعلقها بي.

وقد ذكر ها هنا في صفة اليمين أن الدافع يحلف أنه ما يعلمها من دراهمه، ولا أعطاه إلا جياداً في علمه. والجمع بين هاتين الجملتين لا بد منه، لأن الاقتصار على إحداهما لا تنفي دعوى المدعي، لأنه إذا قال: ما أعلمها من دراهمي، يكون صادقاً، ولكنه، يمكن أن يكون حين الدفع علم أنه دفع زيوفاً يجب عليه بدلها، ولكنه لا يدري هل هذه الزيوف التي ردت عليه أم لا؟ وإذا أضاف إلى هذا: ولم أعطك إلا جياداً في علمي، ارتفع ما يخشى منه أن يكون ألغز عليه في يمينه وكذا لو اقتصر على قوله: ما أعطيتك إلا جياداً في علمي، لم يستقل بنفي الدعوى، لكونه يمكن أن يكون لم يعلم حين الدفع أنها زيوفاً، ولكنه لما اطلع عليها الآن علم أنها دراهمه وأنها زيوف، فلهذا كلف أن يجمع بين هاتين اللفظتين.

ولو اعترف المأمور الذي دفع هذه الدراهم أنها زيوف، ودلس بها على قابضها، لوجبت له عليه الغرامة من باب التغرير والتدليس.

ولو زعم أنه علم بتزيفها ولكنه نسي بيان ذلك حين العقد لعذر بذلك، ولم يتوجه عليه غرامة، إذا كان قد عامل المسلم إليه على وجه لا يوجب عليه البدل، مثل أن يبيّن أنه رسول إليه يشتري منه بعين هذه الدراهم.

وكذلك لو وكل على بيع سلعة فردها المشتري بعيب، وزعم الوكيل بأنه علم بالعيب حين العقد ولكنه نسي بيانه، فإنه لا غرامة عليه، ولا يُستحلف على صحة عذره بالنسيان، لبعد التهمة في هذا. بخلاف من باعه سلعة نفسه/ وزعم أنه أُنسي بيان العيب حين العقد، فإنه يستحلف على ذلك، لكونه يُتهم في دعوى النسيان في مال نفسه، ولا يتهم في مال غيره. وهكذا، أيضاً، يجب في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منع.

الدراهم، التي ذكر أنه نسي أنها زيوف، ألاّ يستحلف، كما قلناه ها هنا، إلا أن يلتفت إلى أنه يمكن أن يكون خان وأبدلها زيوفاً حتى تتوجه عليه غرامتها. فصار من هذه الجهة يقدر أنه متبوع بالطلب. بخلاف ما قلناه في دعواه نسيان العيب فإنه لا تتصور ها هنا تهمة.

فصــــل

ومما يلحق بهذا المعنى رد الوكيل ما اشتراه لموكله لعيب اطلع عليه.

فإنه لم يختلف المذهب في أنه إذا وُكِّل على شراء سلعة بعينها، فإنه ليس له ردها بالعيب الذي اطلع عليه بعد العقد، إلا بعد مطالعة الموكل وإذنه له في ذلك.

وإن كانت السلعة ليست بمعينة وإنما وكل على شراء سلعة موصوفة، ففيها قولان مشهوران.

ومذهب الشافعية، على العكس من هذا، أنه لا خلاف عندهم في أن له أن يردّ بالعيب إذا وكل على شراء سلعة موصوفة. وعندهم قولان في ما إذا وكل على شراء سلعة معينة.

وسبب الخلاف عندنا، في الموصوفة دون المعينة، أن الوصف يشعر بقصد الموكل إلى تحصيل تلك الصفات سليمة، فإذا لم تكن سليمة من العيب لم يلزم الآمر، وصار الوكيل لم يَعقد على ما أمره به، فله ردّه من غير مطالعة الموكل. وإذا عين الموكل ما يشتري له فغرضه تحصيل العين على أي حالة كانت. فلهذا لم يمكن الوكيل من ردها.

ومكنه من ذلك الشافعي وقدر أنه إنما أمره بشرائها بشرط أن تكون سلمية من العيوب، فإذا لم تكن كذلك صار كمن اشتراها ولم يوكل عليها، فله ردّها.

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

[يجوز إطلاق][1] الوكالة في البيع. ومقتضى ذلك ثمن المثل نقداً بنقد البلد. وإن كان هو المشتري جاز.

وكذلك في الشراء، مقتضى الإطلاق ثمن المثل. فإن كانت الوكالة في شراء جارية، للخدمة أو للوطء أو تزويج أو غير ذلك، لزم فيه[2] ما أشبه دون ما لم يشبه.

قال الإمام، رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما حكم تعدي الوكيل في المخالفة في صفة الثمن أو المثمون؟

2 ـ وما حكمه إذا اشترى لنفسه ما وكل على بيعه؟

3 ـ وما حكمه إذا تعدى في ترك الإشهاد؟

4 ـ وما حكمه إذا اشترى من يعتق عليه؟[3]

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على بيع سلعة أو على شرائها، فلا يخلو من أن يكون قيد الوكالة على البيع أو على الشراء، أو أطلقها.

فإن قيدها بثمن محدود وشرط الانتقاد، مثل أن يقول: بع سلعتي بعشرة دنانير من نعت كذا حالّة، أو اشتر لي بمثل ذلك. فإن الوكيل منهيّ على تعدّي ما رسم له الموكل.

وإن أطلق الوكالة فلا يخلو أن يكون أطلقها في الشراء للموكِّل أو في البيع له.

فإن أطلقها في الشراء مثل أن يقول: اشتر لي ثوباً أو عبداً. ويصف العبد

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط في النسختين.

(2) في المغربية والغاني: منه.

(3) سقط السؤال الخامس من النسختين وتقديره حسب الجواب عليه: وما حكم تعدي الوكيل بتوكيله لغيره من غير إذن رب المال.

والثوب. فإنه متعدٍّ إن خالف الصفة.

وإن أطلق ولم يصف العبد والثوب. فإنه:

إن اشترى له ما يليق بمثله لزم الموكل ذلك.

وإن اشترى ما لا يليق به، ففيه قولان: مذهب **ابن القاسم** أن ذلك لا يلزم الموكل، لكون العرف ها هنا يحل محل التقييد بوصف العبد أو الثوب. وقال **أشهب**: يلزم ذلك الموكل أخذاً بعموم لفظ الوكالة، ولإمكان أن يكون أراد العبد أو الثوب للتجارة/ لا للخدمة.

ومذهب **ابن القاسم** حمل الخطاب على ما يليق بالموكل في الاستخدام واللباس.

وكذلك حكم الثمن في الوكالة على الشراء فإنه لا يلزم الموكّل عقدُ الوكيل، إلاّ أن يشتري له بالثمن المعتاد في جنسه وفي مقداره. وهذا لا خلاف فيه.

وأما إن وكله على بيع سلعة بعينها وأطلق الوكالة، فإن العلماء مختلفون فيه على ثلاثة مذاهب:

فمذهب **مالك والشافعي** أن هذا الإطلاق يتقيّد بالعرف في مقداره وجنسه وكون الثمن على الحلول. فإن باع الوكيل بعرض أو غيره خلافَ نقد البلد كان متعدياً. وكذلك إن باع بثمن مؤجل فإنه يكون متعدياً، أيضاً.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنه لا يكون متعدياً في شيء من هذه الوجوه، بل للوكيل على البيع أن يبيع بما عزّ وهان، وبأي جنس من الأثمان شاء، نقداً، أو مؤجلاً إلى أي زمن.

ووافقه صاحباه **محمد بن الحسن وأبو يوسف** في تمكينه من البيع بثمن مؤجل.

ووافقا **مالكاً والشافعي** في كونه متعدياً إن باع بغير نقد البلد، أو باع بثمن

بخس لا يتغابن الناس بمثله.

فأما أبو حنيفة فإنه اعتمد على وجوب الأخذ بالعموم في لفظ الموكل، كما يجب الأخذ بالعموم في لفظ صاحب الشرع لكونه مخاطباً لأمته. واللغة تقتضي حمل اللفظ على العموم، عند من صار إلى ذلك من أهل الأصول. وكذلك يجب حمل التخاطب منا على العموم. وإذا لم يقيد الموكل الوكالة بثمن بين الأثمان ولا حدّه بمقدار، ولا وصفه بالحلول، اقتضى ذلك إباحة عقد البيع على أي صفة شاء الوكيل. لأن من باع بثمن مؤجِّلاً سُمي عقده بيعاً. وكذلك من باع بثمن بخس فإن عقده يسمى بيعاً. وكذلك إذا باع بعرض فإنه يسمى ذلك بيعاً. فكل ما يسمى بيعاً دخل في عموم الوكالة. ولما كان للموكل أن يبيع سلعته كيف شاء فكذلك للوكيل أن يبيعها، بمقتضى عموم اللفظ، كيف شاء مما يسمى بيعاً. ولهذا منعناه أن يهبها، وإن كان جائز للموكل أن يهبها، لأنه إنما وكل على ما يسمى بيعاً، والهبة لا تسمى بيعاً.

وقد اعتمد أصحابنا في الرد عليه إذا باع بثمن بخس فإنه واهب لبعض السلعة التي وكل عليها، والهبة ليست إليه، كما لو وهب الوكيل جميع السلعة. فإن من باع ما قيمته مائة دينار بعشرين ديناراً، فإنه واهب لأربعة أخماس السلعة، وليس للوكيل أن يهب.

وينفصل أبو حنيفة عن هذا بأنه يسمى هذا بيعاً، وإن كان بثمن بخس، لأن حقيقة البيع نقل الملك بعوض، وها هنا انتقل بعوض. فلا مبالاة بالعوض كان قليلاً أو كثيراً، لأن التسمية معلقة بحصوله، لا بمقداره ولا بجنسه ولا بنسيئته. والمريض إذا باع بمحاباة فإن محاباته إنما كانت في الثلث، وإن كان له أن يبيع، لأجل تعلق حق الورثة بماله، وليس له أن يضرهم. وكذلك الأب والوصي ليس لهما أن يبيعا مال من في ولائهما ببخس، لأن الشرع إنما ملكهما البيع عليه بشرط إحسان النظر، فإذا أساءا فيه صارا معزولين عن هذا الفعل. كما لو قيّد الموكِّل الثمن، فإن الوكيل ليس له مخالفة ذلك.

وعمدة أصحابنا أنّا، وإن سلمنا حمل لفظ الوكالة على العموم، فإنّا قد اتفقنا على أنّ النصّ على التقييد لا يجوز للوكيل مخالفته. فإذا لم يُقيَّد، وكان العرف يقوم مقام النص على التقييد، وجب أن يُمنَع الوكيل من مخالفته، أيضاً ألا/ ترى أن المالك لسلعة إذا باعها بمائة دينار ولم يَصِفْ سكّتها، وفي البلاد سِكك مختلفة، أن البيع فاسد. وإذا نص على سكة بعينها صحّ البيع. وإن لم ينصّ، وكان العرف البيع بسكة معينة، فإن البيع صحيح، لكون العرف يقوم مقام النص على تعيين سكة من هذه السكك.

ويقول أصحابنا، أيضاً: لا نسلم كون بيع العرض بالعرض بيعاً على الإطلاق، بل هو بيع من وجه وشراء من وجه، وإنما البيع المطلق بالدنانير والدراهم التي هي أثمان مختصة، فذلك هي عندنا علة الربا فيها خاصة. والعقود تختلف أسماؤها باختلاف أوصافها. فإذا كان العرض بيع بدنانير أو دراهم على الحلول، سمي بيعاً. وإن كان العرض مؤجلاً في الذمة، سمي ذلك سَلماً. وإن كان العرض معجلاً والدنانير أو الدراهم مؤجلة، سمي بيعاً بدين. وبيع العرض بالعرض ليس أحدهما بأن يُسمّى ثمناً والآخر مثموناً بأحقّ بذلك من صاحبه.

وأبو حنيفة يجيب عن هذا بأنه قد حصل حقيقة البيع في من وكّل رجلاً على بيع عرض، لأن المراد أن ينقل ملكه من هذا العرْض بعوَض، وقد حصل هذا المراد، وحصلت التسمية. وإنما يعرض ما أشرتم إليه (من حكم، وأما)[1] فنفس العقد يقتضي تسمية هذا بيعاً.

ومما يعتمد عليه أصحابنا وأصحاب الشافعي قياس الوكالة في البيع على الوكالة على الشراء. وقد اتفقوا على أن الوكيل على الشراء ليس له أن يزيد على ثمن السلعة التي اشتراها زيادة خارجة عن العادة. وكذلك إذا وكل على بيعها فليس له أن ينقص من الثمن المعتاد فيها. وكذلك في جنس الثمن، وحلوله وتأخيره.

---

(1) هكذا في النسختين.

وانفصل أصحاب **أبي حنيفة** عن هذا بثلاث انفصالات:

أحدها أن الوكيل إذا اشترى بثمن زائد على المعتاد يتهم أن يكون إنما عقد الشراء لنفسه، فلما استغلاَه نَسَبَ ذلك إلى الموكل وألحقه به. والوكالة مبنيّة على الإئتمان، وهو حقيقتها، وإذا تطرقت إليها التهمة بطلت حقيقتها، فوجب بطلان ما يعود بإبطال حقيقتها، كما يجب إبطال الفرع إذا عاد بمناقضة أصله وإبطاله. ولا تتصور هذه التهمة في الوكالة على البيع.

ونوقض أصحاب **أبي حنيفة** في هذا بأنه قد تتصوّر التهمة في البيع بوجه آخر، وهو كون الوكيل يبذل له رشوة على أن يبيع ما وُكِّل عليه بثمن بخس.

وهذا الذي صوره أصحاب **أبي حنيفة** من التهمة في الشراء يشبه عندي ما قاله **مالك** فيمن اشترى سلعة فأخذ مالاً قراضاً فأراد أن يصرف الثمن فيها: إني أخاف أن يكون استغلى ما اشترى فصرف مال القراض فيه، وقد كان قصده شراءها لنفسه.

والانفصال الثاني لأصحاب **أبي حنيفة** أن الموكِّل على البيع وَكَّل على ما يملك الموكِّل التصرف فيه على الإطلاق، لأن السلعة له وسلمها لوكيله ليبيعها له، فصحّ أن ما يملكه من ذلك مثل الذي ملك بعد حصول التسمية بيعاً. والذي وكل على أن يشتري له لا يملك السلعة التي اشترى له. وإذا لم يملكها على الإطلاق لم يكن لوكيله أن يلزم ذمة الموكل ما شاء على الإطلاق، لأن الأثمان في الذِّمَم، والموكِّل له يملِّك الوكيل ذمتَه فينفذ فعلُه فيها كيف شاء.

والانفصال الثالث أن الوكيل إذا اشترى بزيادة ظاهرة على القيمة لزمه العقد في نفسه، وأدّى الثمن لمن باع منه، وسقط ذلك عن الموكل، لكون الوكيل قد خالف ما أمره به الموكل. فلم يبطل حق البائع في هذا العقد الصحيح لكوْن الثمن/ يأخذه من الوكيل الذي عقد الشراء منه.

وإذا وكله على بيع سلعة فباعها ببخس، فإنا إذا أبطلنا ما يعقد الوكيل أبطلنا حق المشتري منه في عقد صحيح، إذ لا تتصور ها هنا مطالبة الوكيل

بالبيع. بدنانير فيبيع بعرض. أو مخالفة في النقدية بأن يأمره أن يبيع بعشرة دنانير نقداً، فباع بدنانير إلى أجل. أو يأمره أن يبيع بعشرة إلى أجل فيبيع بعشرة نقداً. وذكرنا هناك اختلاف الشيخ **أبي محمد بن أبي زيد وابن التبان** في هذا.

وهكذا ذكر أبو حامد الإسفرائيني أن المسألة عندهم على وجهين، أحدهما: لزوم ذلك للموكل لأن الوكيل لم يزده بما فعل إلاّ خيراً. والثاني: أن ذلك لا يلزم، لأن الموكل قد يكون له غرض في بقاء الدنانير في الذمة، وقد أوعبنا الكلام على هذا في كتاب السلم الثاني.

وأما إن كانت المخالفة في مقدار الثمن، بأن يأمره أن يشتري عبداً بمائة، فاشتراه على الصفة التي رسمها له بأقل من مائة دينار، فإن ذلك لازم للموكل، لأنه مقتضى العرف في هذا الخطاب، ومعناه: اشْتَرِهِ بمائة فأقلّ. فإن وضع للموكل، وأصلح له، فما يريد إلا ما هو الأفضَل له والأنفع.

وهكذا مذهب **الشافعي**. ولكن شرطوا أن يكون العبد يساوي مائة دينار، لكون الآمر نصّ على المائة، وقد يكون له غرض في ألاّ يملك إلا من كانت قيمته مائة دينار.

ولو أمره بشراء عبد بعينه التزم الآمرُ ذلك. ولم يشترطوا فيه أن يكون قيمة العبد مائة دينار لمّا عيّن ما يشتري له، بخلاف ما لا يعيّنه.

وأما إن اشتراه بأكثر من مائة دينار، فعندنا أنه تعتبر الزيادة على المائة هل هي يسيرة، كالدينار والدينارين في أربعين ديناراً، أو الدينارين والثلاثة في المائة دينار، فيلزم ذلك للآمر من جهة العرف والعادة، لكون السلع المبيعة على اختيار أربابها قد لا ينحصر اختيارهم إلى حدّ بعينه. فإذا عُلِم هذا صار معنى أمر الآمر اشتراءَها بمائة دينار وما قاربها مما عادة الناس يزيدونه فيما حُدَّ لهم. ولكن هل يقبل قول الوكيل: إنه قد زاد هذا المقدار أم لا؟ هذا يجري على القولين فيمن أمر أن يخرج من ذمته إلى أمانته. وقد كنا تكلمنا على هذا الخلاف فيما سلف من كتب البيوع، وقد نعيده فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

وإذا أسلم السلعة للموكل ثم زعم أنه زاد فيها زيادة تلزم الآمر. فإن هذا عند **ابن القاسم** يقبل منه إن ادعى ذلك بالقرب من زمن تسليم السلعة للموكل. وإن ادعاه بعد طول لم يقبل منه. وهذا لكون العادة تُبعد دعواه إذا ادعى ذلك بعد تسليم السلعة بزمن طويل. إلا أن يكون له عذر في تأخير ذكر ذلك إلى الآن.

وأما إن زاد في الثمن زيادة كثيرة فإن ذلك لا يلزم الآمر، ولكنه له أن يلتزمه لكون الوكيل مقِرًّا أنه إنما اشترى للموكل، فله أن يقبل ذلك، ويَجبِر لتعدّيه عليه.

وأما إن أمره أن يبيع سلعة بثمن محدود، فإنه لا يلزم الموكل بيعُها بدون ذلك وإن قلّ النقص. بخلاف الزيادة القليلة إذا أمر الوكيل بالشراء، وذلك لما أشرنا إليه من كون الشراء لا يتأتى غالباً/ بما يحدّه الآمر حتى لا يزاد عليه شيء، وغرضه تحصيل المشترَى، ولا يحصل إلا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة. وأما البيع فإنه لا يلزم الموكلَ لكونه يتأتّى بما حدّ له، أو يردّ على الموكل ما وكله على بيعه.

وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين الوكالة على البيع أو على الشراء في أن الموكل على البيع ينبغي أن يسامح بأن يبيع بنقص خف يسير عما حدّ له، وتردّد في هذا.

والتحقيق يقتضي أَلاّ فرق بين الوكالة على البيع أو على الشراء في كون الوكيل لا يبيع أو يشتري إلا بما حدّ له، من غير زيادة في الشراء، وإن قلّت، أو نقص في البيع، وإن قلّ.

هكذا مذهب الشافعية فيمن أُمِر أن يشتري بثمن حُدّ له فإنه لا يمكن من الزيادة عليه، وإن قلت الزيادة.

وهذا الذي قالوه من المساواة بين الأمرين هو مقتضى التحقيق. فإن التفت إلى فرق بينهما فلا طريق له بتحقيق إلا التمسك بالعرف والعادة، بأن

يكون العرف في البيع منع الوكيل من النقص مما حُدّ له، وإباحة ذلك للمشتري إذا قلّت الزيادة. هذا حكم ما حُدّ من الأثمان للوكيل.

وأما ما حدّ في المثمونات، مثل أن يوكل رجل رجلاً على أن يشتري له جارية على صفة سماها له، فاشترى له جاريتين على تلك الصفة بالثمن الذي حدّ له في الجارية الواحدة، فإن ذلك لا يخلو من وجهين. أحدهما: أن يشتري واحدة بعد واحدة، والثاني أن يشتريهما صفقة واحدة.

فإن اشتراهما واحدة بعد واحدة، فالأولى للموكل، والثانية للوكيل إذا لم يختر الموكل أخذها وقد اشتراها له. ويرتجع من الوكيل الثمن الذي دفعه فيها، إذا كان قد دفع إليه جميع الثمن الذي حدّ له أن يشتري به.

وإن اشتراهما في صفقة واحدة، ولم يقدر أن يشتري واحدة مفردة، فإن ذلك لازم للموكل لأنه زاده خيراً بأن دفع المائة دينار، التي أمره أن يشتري بها جارية، في جاريتين على صفة ما أمره به الموكل. وتكون له الزيادة ها هنا في المثمون كالنقص من الثمن المحدود، لأن الغرض ها هنا، بالتحديد ألاّ يتعداه الوكيل بما هو أضرّ بالموكل. وأما تعدّيه بما هو نفع له فلا ينسب فيه إلى الوكيل تعدّياً لكون الغرض يقتضيه، فخرج عن حكم اللفظ بمقتضى الغرض والقصد. وقد أشار بعض أشياخي إلى أن الأمر إذا كان كذلك فإنه لا يختلف المذهب في لزوم ذلك للموكل، وإنما الخلاف الذي وقع في المذهب محمول على من قدَر أن يشتري واحدة فعدل عن ذلك إلى أن اشترى اثنتين. والخلاف في هذا ينحصر إلى القولين. أحدهما ما ذهب إليه **أصبغ** من أن الجاريتين يلزمان الموكل. ولم يقيّد هذا الجواب بكون الوكيل قادراً على الإفراد أو غير قادر. وإنما قيّده **ابن المواز**، وذكرنا أن تقييده أشار بعض الأشياخ إلى أنه لا يخالف فيه.

والقول الثاني إثبات التخيير للموكل. ولكن في ماذا يكون له التخيير؟ فيه قولان:

قال ابن القاسم: يلزم الموكل واحدة، ويخيّر في الثانية بين أن يقبلها أو يردّها ويأخذ ما ينوبها من الثمن.

وقال ابن الماجشون في المبسوط: إنما يخير بين قبول الاثنين بجميع الثمن أو يردّهما[1] وأخذ جميع الثمن.

فكأن من ألزم الموكل ذلك على الإطلاق رأى أن الوكيل زاد الموكل خيراً، فنظر له فيما هو أنفع له، فوجب أن يلزمه. وبهذا علل أصبغ.

ومن أثبت التخيير رأى أن الموكل قد يكون له غرض في الإفراد، إما لعجزه عن القيام بجاريتين أو لغير ذلك/ من الأغراض. فإذا تصوّر له غرض صحيح في هذا التحديد لم يلزمه مخالفة وكيله له في هذا الغرض.

ولكن اختلف أصحاب هذه الطريقة. فرأى **ابن القاسم** أن هذا في معنى الصفقتين.

وقد قدمنا أن الوكيل إذا اشتراهما في صفقتين فإن الأولى هي اللازمة للموكل. وكذلك يجب أن يكون إذا اشتراهما في عقد واحد.

ومن أثبت له التخيير في قبول الجاريتين أو ردّهما التفت إلى جانب الوكيل، ورأى أن تبعيض التي عقد يلحقه منه ضرر، فلم يمكِّن الموكّلَ من إضراره وقد قصد خيراً.

وهكذا للشافعي في هذه المسألة قولان:

أحدهما: أن الجاريتين يلزمان الموكل، كما قاله **أصبغ**.

والثاني: أنه لا يلزم الموكل إلا واحدة، وهو في الأخرى بالخيار، كما قاله **ابن القاسم**. لكنه يشترط أن تكون الواحدة اللازمة للموكل تساوي الثمن الذي حدّ له فيها، مثل أن يأمره أن يشتري جارية على صفة بمائة، فيشتريها بخمسين، وهي على الصفة المرسومة للوكيل. فإنه لا يلزم الموكل ذلك، إلاّ أن

---

(1) هكذا في النسختين. والأوضح: أو ردّهما.

تكون تساوي المائة دينار التي رسم له. لإمكان أن يكون للموكل غرض في أن لا يتسرَّى أو يستخدم إلاّ من كان ثمنه ما رسمه للوكيل.

ويحتج لمذهب **أصبغ** بحديث **حكيم بن حزام**: أن النبي ﷺ «أمره أن يشتري له شاة بدينار، فاشترى له شاتين بالدينار، وباع واحدة منهما بدينار، وأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة. فكان لو اشترى تراباً لربح فيه»[1]. فلولا أن الشاة المبيعة لازمة له، ﷺ، وصارت على ملكه لم يأخذ ثمنها، ولا أقرّه على ذلك. وقد قيل في هذا الحديث: إن الشاة المبيعة لو لم تكن على ملك حكيم بن حزام لما باعها ولا أقرّه، عليه السلام، على جواز بيعها. وإنما باعها على ملكه، ولكن للنبي عليه السلام الخيار في قبولها لما كان اشتراها له.

ولو أمر رجل رجلاً أن يشتري جارية أو ثوباً على صفة بثمن محدود، فاشترى له نصفها، لم يلزم ذلك الموكلَ، لما في المشاركة من الضرر.

ولو أمره أن يشتري له عشرة أثواب، فاشتراها له صفقة واحدة، أو ثوباً بعد ثوب، للزمْ ذلك الموكل بحكم مقتضى إطلاق الوكالة وعمومها. إلاّ أن يكون للموكل غرض في الأفراد والجمع، أو يكون في ذلك عرف فيُقصر الوكيل عليه، ويكون متعدّياً في مخالفته، على علم بالغرض والعرف.

ولو شرط الموكل أن يشتري له ذلك صفقة واحدة، فاشترى ذلك من رجلين شريكين في العشرة الأثواب صفقة واحدة **فإن أبا حامد الإسفرايني** خرّج على هذا قولين: هل العقد الواحد من رجلين كصفقتين أو كالصفقة الواحدة؟ فإذا قلنا: هو كصفقتين، وجب أن يكون الوكيل متعدّياً.

ولو كان اشترى هذه الثياب من رجلين، فكان لكل واحد منهما ثياب معلومة متميزة، فإن هذا على القولين في جواز شراء سلعتين من رجلين، فإن قلنا بجوازه التُفِت في ذلك إلى ما قدمناه من كون العقد من رجلين صفقة واحدة أو صفقتين.

وقد تقدم كلامنا نحن على جمع السلعتين لرجلين، وعلى كون هذا العقد

---

(1) تقدم تخريجه.

الذي ذكرناه يقدر صفقة أو صفقتين، في ما سلف من هذا الكتاب.

ولو أمر رجل رجلاً أن يبيع له عبده بمائة دينار في سوق سمّاه له، فباعه بمائة دينار في سوق آخر، فإن **أبا حامد** ذكر أن الوكيل لا يكون متعدياً، لأن الغرض تحصيل الثمن المحدود لاعين السوق المذكور. بخلاف أن يأمره أن يبيعه من رجل سماه بمائة دينار، فباعه من رجل آخر بمائة دينار، لأن/ الموكل قد يكون غرضه بذكر فلان للإحسان إليه بتمليك هذا العبد، أو الإحسان إلى العبد بكونه يملكه هذا دون سواه.

وهذا الذي قاله في تبديل الأشخاص واضح. وأما تبديل الأسواق ففيه إشكال، هل يتصور للموكل غرض صحيح في تعيين السوق؟ إما لكون الزيادة ترجى فيه دون غيره، أو لكون البيع فيه أقلَّ شغباً على البائع وأنفعَ له. فإذا تصوّر الغرض لم يكن فرق بين تبديل الأشخاص أو الأسواق. والعقلاء يحمل كلامهم على الأغراض الشرعية. وأصل الشرع ألاّ يتصرف في ملكه أحد إلاّ بحسب ما أذن فيه. لكن لو علم أن ذلك السوق لغو مُطَّرح في خطاب الموكّل لكان ما ذكره صحيحاً.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف الناس في شراء من أذن له في التصرف في مال غيره شرعاً، كالأب والوصي.

فمنهم من ذهب إلى جواز ذلك لهؤلاء. يُحكى هذا عن **الأوزاعي**. **والقاضي أبي**[1] **محمد عبد الوهاب** هذا مقتضى مذهبه، لأنه قد أجاز ذلك للوكيل، فأحرى أن يجيزه الأبَ والوصي. وذكر بعض أصحاب مسائل الخلاف هذا عن **مالك**.

ومنهم من ذهب إلى منع جميع هؤلاء من ذلك.

وأجازه **الشافعي** للأب خاصة دون الوصي والوكيل. والجدّ أبو الأب

(1) هكذا، ولعل الصواب: أبو.

كالأب عنده في هذا، لأنه من الآباء.

وأجازه **أبو حنيفة** للأب والوصي دون الوكيل. وجماعة ممن ينقل مسائل الخلاف يحكي هذا عن **مالك**.

والنكتة المعتبرة في هذا تطرّق التهمة، والنظر في لفظ الإذن في التصرف هل يقتضي دخول المأذون له في التصرف في الإذن؟

فمن خصّ الآباء بالجواز رأى أن التهمة لا تقع فيهم لكونهم طبعاً يؤثرون أولادهم على أنفسهم في المنافع، ويَقُونهم المضار، ويتقونها عنهم بأنفسهم. بخلاف الوصي والوكيل اللذين هما أجانب ممن له المال، فيتهمان في إيثار أنفسهما.

ومن ألحق الوصي بالأب رأى أن الشرع يجبر رب المال على تسليم التصرف للأب والوصي، وليس لرب المال أن ينزعهما. فلم يكن له اعتراض في شرائهما لأنفسها.

وأما من منع الجميع فقدر أن الوصي والوكيل إنما تصرفا بإذن مَن دفع المال إليهما، وهما خارجان من عموم هذا الإذن. والأب، وإن أذن له الشرع، فإن التّهمة قد تتطرق إليه، فمنع لأجل ذلك.

وأما من أجاز لِلْجميع فقدر أن الإذن المقصود به تحصيل الثمن المعتاد، فإذا حصل المراد فلا وجه للمنع.

ويقدح الآخرون في هذا أن شراءهما وإن كان بالثمن المعتاد، فقد يتفق من يزيد عليهما لغرض له، فيتصامُّون عنه ولا يستقصون في الاشتهار[1] للسلعة إيثاراً لأنفسهم.

فإذا تقرر هذا، فإن هذا الفعل إذا وقع من الوكيل فإن العقد يفسخ. وإن فاتت العين بتلفها لزمت القيمة بدلاً من العين. وإذا كانت لم تتغيّر إلا في بدنها

(1) هكذا، ولعل الصواب: الإشهار.

أو سوقها ففي المذهب قولان، هل ذلك فوت يوجب القيمة، كما يكون ذلك فوتاً في البيع الفاسد، أوْ لاَ يكون فوتاً كالاستحقاق للسلع، لكون الوكيل معزولاً عن الشراء لنفسه فيملك السلعة بغير إذن. وقد وقع في كتاب القراض من **المدونة** في المبضع معه[1].

وذكر **ابن حبيب** أن الوكيل إذا اشترى لنفسه ثم باع من غيره بربح، أن الربح لرب المال، كما يكون له ثمن السلعة إذا استحقها[2].

والجواب عن/ السؤال الثالث أن يقال:

ذكر في **المدونة**، فيمن وكّل على بيع سلعة فباعها ولم يشهد على المشتري فجحده المشتري. أنه ضامن، لأنه أتلف الثمن إذا لم يشهد. وقد قال **مالك** فيمن أبضع معه بضاعة ليوصلها إلى رجل، فذكر أنه أوصلها وأنكر المبعوث إليه أن يكون وصلت إليه؛ إن الوكيل ضامن إن لم يشهد، وينبغي أن يلتفت في هذا إلى ما قلناه مراراً: من كون الأملاك لا يتصرف فيها إلا على حسب ما يأذن فيه مُلاّكها، فإن نص الموكل على أنه يأذن له في البيع بشرط أن يشهد فتعدّى وترك الإشهاد فإنه يضمن. وإن نص على أنه لا إشهاد عليه في العقد فإنه لا يضمن. وإن لم ينص على أحد الأمرين فمقتضى الإطلاق في تعميم اللفظ أنه لا يكون متعدياً في ترك الإشهاد. وهو مذهب **عبد الملك** في المسألة التي استشهد بها في **المدونة** من قول **مالك** في الرسول ببضاعة، فإنه يرى الإشهاد على الرسول في تسليم البضاعة، لكون لفظ الوكالة لا تقتضيه. ومذهب **ابن القاسم** أن الرسول يكون متعدياً في ترك الإشهاد لقوله تعالى في خطاب الاوصياء ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا﴾[3].

وينبغي أيضاً إذا علمت حكم النص على الأمر بالإشهاد أو تَرْكِهِ فإنه

---

(1) بياض بالنسختين مقدار سطر.

(2) هكذا في النسختين.

(3) سورة النساء، الآية: 6.

يلتفت في هذا إلى العرف والعادة التي يعلم منها قصد الموكل وما التزمه الوكيل في إطلاق هذا اللفظ. وقد قال بعض الأشياخ: إن العادة في عقود البيوعات ترك الإشهاد، فلا يضمن الوكيل ها هنا بترك الإشهاد على عقد البيع، ولا مطالبة عليه إذا كانت السلعة الموكل عليها باقية في يديه، لكنه إن سلمها من غير إشهاد كان كالمتلف فيجب أن يضمن.

واختلفوا في ضمانه فقال الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد**: يضمن قيمة السلعة.

وظاهر ما حكي عن **ابن شبلون**: أنه يضمن الثمن. وهو مقتضى ما وقع في **المدونة**. لأنه إنما ذكر في التعليل: إن ترك الإشهاد أتلف الثمن. فلولا أن مذهبه وجوب ضمان الثمن لما تعرض إليه في التعليل.

وقال غيرهما يضمن الأقل من الثمن أو القيمة. فإن كانت القيمة أقل ضمنها، لكون التلف في التعدي إنما وقع في تسليم السلعة من غير إشهاد، لا في العقد بغير إشهاد. فإن كان الثمن أقل لم يضمن أكثر منه لكونه قد لزم الموكل أخذه، وإن قصر عن القيمة تقصيراً يتغابن الناس في مثله، فيقول الوكيل: لو أقر به المشتري لم يكن لك سواه، فأنا أقوم به عنه وإن جحده.

وقد ينبني القول على أن الوكيل ضامن الثمن على الإطلاق، على أحد القولين عندنا، فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، فإنه يضمن الثمن الذي وقفت عليه، لكونه بغصبها أتلفه على صاحبها ومنعه منه. والغاصب يضمن ما منع على أحد القولين.

وعلى هذا الأسلوب يجري في إقرار المشتري بالشراء ومخالفته للوكيل في مقدار الثمن، مثل أن يقول الوكيل: بعتها منك بخمسين. ويقول المشتري: إنما اشتريتها منك بأربعين. فإنهما يتحالفان ويتفاسخان. وإذا وقع الفسخ بتحالفهما جرى الخلاف الذي قدمناه في تمكين الموكل من تضمين الوكيل للخمسين ديناراً التي أقر أنه باع بها وقد أتلفها بترك الإشهاد. وإذا أمرناهما

بالتحالف فحلف المشتري ونكل الوكيل، فإن مالكاً ذكر في **الموازية** أن البيع يفسخ ورأى أنه لا يجب إخراج السلعة من ملك بائعها بخلاف ما ذكر وكيله أنه باعها/ به وليس نكوله عن اليمين على تصحيح قوله بالذي يوجب سقوط ملك صاحبها عنها، كما لو أقر عليه في ملكه بما لم يوكله عليه. بخلاف نكول مالك السلعة إذا تولى بيعها. وذكر **ابن القاسم** أن المشتري يصدق في دعواه أنه اشترى بأربعين إذا حلف على ذلك وقد نكل الوكيل. وقال **ابن المواز**: يصدق ولكن يغرم الوكيل العشرة لأنه قدر على أن يصونها على ربها بالإشهاد فتركه، ثم قدر أيضاً على صيانتها بيمينه التي توجب فسخ البيع فلم يفعل. وظاهر كلام **ابن القاسم** أن الوكيل لا يغرم العشرة الباقية من الثمن. وقد يحمل قوله على أن العادة عندهم ترك الإشهاد في العقد، وفي تسليم السلعة، فحلف الوكيل أنه باعها وسلمها، وحلف المشتري أنه لم يشتر ولا قبض. وكانت مصيبتها من الموكّل.

فإذا كان من حق صاحب السلعة استحلافهما جميعاً فبدىء باستحلاف الوكيل فنكل عن اليمين فإنه يغرم ما أتلف على البائع بترك الإشهاد وبترك اليمين، ثم لا مَرْجِع له على المشتري ولا يمكن من استحلافه، لأن المشتري إذا تجردت المنازعة بينه وبين الوكيل كان القول قول المشتري أنه لم يعقد منه بيعاً ولا سلم له شيئاً. ومن حقه أن يرد عليه اليمين. وهذه اليمين التي من حق المشتري لم يردها على الوكيل قد طلبه بها صاحب السلعة فنكل له عنها، فيصير كالناكل عنها المشتري أيضاً إذا ردها عليه.

وإن بدأ صاحب السلعة باستحلاف المشتري فنكل عن اليمين فلزمته الغرامة فإن له أن يستحلف الوكيل لكون دعواه أوجبت عليه غرامة، والمشتري لم يتقدم له نكول، فيقول الوكيل: قد تقدم نكولك عن يمين كان لي ردها عليك فلا تمكن من استحلافي.

وكذلك لو وكل رجل رجلاً على بيع عبده فحصل العبد في يد إنسان ذكر

فإنه إذا كان عالماً بمآل هذا العقد صار قاصداً للإتلاف، ولكن هذا مما يقدح فيما أشرنا إليه في العذر في اعتراضهم عن تخريج الخلاف في خطأ الوكيل في هذا. فإذا كان هذا الشراء لا يلزم الموكل فإنه يلزم الوكيل بمقتضى حكم إطلاق المعاملة بينه وبين البائع منه. فإذا لزمه ذلك فهل يمكن من استرقاق هذا العبد أم لا؟ فيه قولان: ذكر **يحيى بن عمر** عن **عبيد بن معاوية** أن هذا العبد يكون رقيقاً للوكيل الذي غرم ثمنه لكونه لا يجب عتقه عليه بأصل الشرع إذ لا قرابة بينه وبينه، ولم يجب العتق على ولد هذا العبد لكون العقد لم يلزمه ولم يقع عليه، وأشار **يحيى بن عمر** إلى أن هذا مقتضى قول **ابن القاسم**. وذكر **يحيى بن عمر** أن البرقي قال له: إن هذا العبد يعتق على الوكيل، وكأنه قدر أن الوكيل التزم عتقه لما اشتراه لموكله وهو عالم بأنه يعتق عليه وأنه لا يصح ملكه، فصار بهذا قاصداً لعتقه عن موكله من مال نفسه، وعتق الإنسان عن غيره لازم.

وأشار بعض المتأخرين إلى أن مقتضى مذهب **ابن القاسم** كون هذا العبد يعتق كما يعتق عن المقارض أبو رب المال إذا اشتراه عالماً بكونه يعتق على رب المال لما له من الشبهة باستحقاقه التصرف في هذا العبد بالبيع له والشراء، كما يعتق عبد الصغير إذا أعتقه أبوه عن نفسه ويغرم قيمته لولده لما له من شبهة التصرف في مال ولده، فأشبه عتق عبد نفسه عن نفسه أو عتق عبد ولده الصغير عن رجل آخر، فإنه ينفذ العتق ويطالب الأب بالقيمة ويقدّر، لما يملكه من شبهة التصرف في مال ولده، كأنه أعتق ملك نفسه عن نفسه أو عن غيره.

والذي أشرنا إليه، من استحقاق تصرف هؤلاء وكون ذلك شبهة، تختلف مراتبهم فيه، لكون الأب يملك التصرف في مال ولده ملكاً مطلقاً بحكم الشرع، والمقارض يملك التصرف في هذا العبد بالبيع له والشراء، والوكيل إنما يملك مقدار ما وكل عليه في أمر هذا العبد.

ولو ادعى الموكل على الوكيل أنه اشتراه عالماً بكونه ممن يعتق عليه لكان القول قول الوكيل لكون الموكل يدعي ما يوجب غرامة الوكيل، والأصل براءة

ذمته، فإذاحلف الوكيل على ذلك لزم الموكل الشراء وعتق العبد عليه. وإن نكل الوكيل عن اليمين وحلف الموكل انتفى عنه هذا العقد، وعتق العبد على الوكيل، قولاً واحداً، لكونه ها هنا مقراً أنه اشتراه غير عالم بكونه ممن يعتق وأن عتقه يجب على الموكل. وإن كان الموكل قد ظلم في جحوده ذلك.

ومما ينظر فيه مما يجري على هذا الأسلوب وكالة رجل رجلاً على أن يشتري له سلعة بمال دفعه إليه، فتسلفه الوكيل ثم أخرجه من ذمته فاشترى له السلعة التي أمره الموكل بها. فإن أصحاب **الشافعي** ها هنا ذهبوا إلى أن هذا الشراء لا يلزم الموكل لكون الوكالة انفسخت بتسلف الوكيل هذا المال الذي صار في ذمته، فإخراجه من ذمته والشراء به لا يلزم الموكل، لكون الوكالة قد انفسخت قبل هذا الشراء، كما لو وكله على/ بيع عبد فمات العبد قبل أن يبيعه فإن الوكالة تفسخ بذهاب عين ما وكل عليه.

وهذا الذي قالوه ينبغي أن يلتفت فيه إلى ما وقع في المذهب من سلف الوديعة هل يجوز أم لا؟ فعندنا فيه اختلاف، وإذا تسلفها ثم ردها إلى أمانته فضاعت، هل يبرأ بذلك أم لا؟ فيه اختلاف في المذهب، فإذا قلنا: إنه يباح له السلف في الوديعة في هذا المال الذي وكل عليه إذا لم يتلف بتسلفه غرض الموكل، وإن قوله في رد ما تسلف يقبل ويبرأ برده، فإن مقتضى هذا أن يكون ما اشتراه بعد السلف لازماً للموكل على أنا سنذكر تعدي الوكيل هل يوجب فسخ وكالته فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وممّا يجري على هذا الأسلوب أيضاً لو وكل رجل رجلاً على أن يشتري له بمال دفعه إليه سلعة، فاشترى الوكيل شراء مطلقاً على الذمة. فإن أصحاب **الشافعي** قالوا ها هنا: لا يلزم ذلك الموكل، لأنه إنما أذن له أن يشتري بعين مال دفعه إليه، فليس له أن يلزم ذمته غرامة إذا ضاع هذا المال. فإذا ظهر للموكل غرض صحيح في الشراء بعين ما دفع إليه من المال وهو كونه يتخوف ضياع المال الذي دفعه، فيطالب بالثمن، وقد لا يكون له مال سواه، فإن الوكيل

يكون متعدياً. ولو كان الأمر بالعكس: وكّله على أن يشتري له على الذمة ودفع إليه ما لا ينقده فيما يشتريه فاشترى بعين المال. فإن المسألة عندهم على وجهين: أحدهما أن هذا الشراء لازم للموكل لكونه لم يلحقه ضرر في هذه المخالفة بل زاده الوكيل خيراً بأن حصل له غرضه بعين مال وأبرأ ذمته.

والوجه الآخر كون هذا الشراء لا يلزم الموكل لتصور غرض له فيما أمر به الوكيل. وهو أن الشراء بعين مال يعرّض العقد إلى الانفساخ إذا أتلف الثمن المعين، والموكل لا يختار عقداً معرضاً للانفساخ، وإذا عقد الثمن في الذمة أمن الموكل من انفساخ هذا العقد.

وهذا الذي قالوه النكتة فيه عندنا غرضُ الموكل. فإن ظهر له غرض فيما رسم فخالفه الوكيل فإن العقد لا يلزم النوكل، وإن لم يكن له غرض إلا تحصيل المبيع، وقد حصل له فإن الشراء يلزمه.

وإذا كان الأمر هكذا فيما اعتلوا به في التخوف من انحلال العقد وانفساخه يتلف الثمن المعين، يلتفت فيه عندنا إلى كون الأثمان التي هي الدنانير أو الدراهم هل تتعين أم لا؟ عندنا فيه اختلاف فإن قلنا: إنها لا تتعين بطل هذا الذي قالوه. وإن قلنا: إنها تتعين، فقد ارتفع هذا الذي يتخوف سلامة الثمن الذي نقد، وصح العقد. والتغرير إنما يثبت حكم التعدي إذا وقع التلف، ألا ترى ما ذكر من أحد القولين عندنا فيمن اكترى منه حمل دهن على دابته، فربط القلال بحبل عرّضها به للتلف، فعطبت لأجل ذلك. فإنه قيل، في أحد القولين، أنه إنما يغرم القيمة حيث هلك الدهن، لا حيث حمله مغرّراً به.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال[1]:

ومما يلحق بأحكام تعدي الوكيل توكيله لغيره من غير إذن رب المال. فإنه ممنوع من ذلك. لأن رب المال إنما أذن في التصرف في ماله له خاصة

---

(1) لم يذكر هذا في الأسئلة أو في الشرح.

لثقته بأمانته واجتهاده، فليس له أن يجعل ذلك إلى غيره ممن لم يرض به رب المال. كما لم يكن له هو متصرف إلا بإذن رب المال. لكن لو كان الوكيل وُكّل على أمر يُعْلم أنه لا يتولاه مثلُه لكونه شريفاً والعمل خسيساً.

/ أو كونه لا ينهض بمثله، والموكّل له عالم بذلك، فإنه يباح له التوكيل. ويحل علم رب المال بهذه الحال التي عليها الوكيل محل النطق بإذنه في أن يوكل غيره فيما لا يليق به أن يتولاه من الأعمال أو فيما يتاح إلى الاستعانة فيه بآخر.

وإذا أذن له في أن يوكل غيره ففعل ثم مات الوكيل الأول، فإن الأظهر أن الوكيل الثاني لا يعزل بموت الوكيل الأول، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت من وكله. لأن الوكيل الأول إذا وكل رجلاً بإذن رب المال، فكأن رب المال وكله وناب عنه هذا. فيكون توكيل الأول كتوكيل رب المال. كما يكون تصرف الوكيل لازماً لرب المال تصرف رب المال نفسه. وقد ذكر **أبو حامد الاسفرائيني** أنه لا ينعزل، إذا قال رب المال لوكيله: وكل وكيلاً يكون من قبَلي. وأما إن قال له: وكل وكيلاً يكون من قِبلك، فذكر أن عندهم فيه اختلافاً، هل ينعزل الوكيل الثاني بموت الأول لمّا كان من قبله، وقد مات من هو من قِبَلِه، فأشبه انعزال الوكيل الأول بموت رب المال ولا ينعزل الثاني لكون رب المال حياً، وهو الآمر لوكيله بأن يوكل. ويكون قوله: وكل من يكون من قِبلك، متضمّناً أنه من قِبلي. وقد كنا قدمنا الكلام على قول رجل لوكيله: أَقِرَّ عني بألف دينار لفلان، هل يكون هذا الأمر كأن الموكل ينطق به وأقر بالألف أم لا؟

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: والوكيل مؤتمن ما بينه وبين موكله، والقول قوله في ردّ ما أودعه وأمره بالتصرف فيه أو قبضه[1] له من ديون قبضها له، ثبت قبضه لها ببينة، فادعى تسليمها الموكل، أو ضياعها. فإن لم يكن إلا إقراره[2] للغريم فلا يبرأ إلا ببينة على دفع ذلك للوكيل.

---

(1) هكذا في النسختين، وفي غ، والغاني: دفعه إليه.

(2) هكذا في النسختين، وفي غ، والغاني: أو إقرار الغريم فإن الغريم لا يبرأ.

وإذا وكله بأن يقضي عنه ديناً، أو يودع له مالاً، لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة. فإن دفعه بغير بينة ضمن، إلا أن يقر المدفوع له.

قال الإمام رحمه الله يتعلق بهذا الفصل سبعة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما حكم اختلاف الموكل والوكيل في ثمن ما وكل على شرائه[1].

2 ـ وما حكم اختلافهما في تسليمه للموكل ما وكله عليه؟

3 ـ وما حكم ضياع الثمن بيد الوكيل؟

4 ـ وما حكم العبد إذا دفع مالاً لمن يشتريه؟

5 ـ وما حكم الوكيل إذا باع السلعة وباعها الموكل من رجل آخر؟

6 ـ وما حكم الوكيل إذا اختلف.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: اختلاف الموكل والوكيل فيما أذن فيه للوكيل يتنوع أنواعاً:

فمنه ما يختلفان فيه في عدد الثمن الذي وكله على أن يبيع به، أو في كونه نقداً أو نسيئة، أو في كونه عيناً أو عرضاً، أو في كونه عرضاً من جنس، ويقول الآخر: بل من خلافه.

وينبغي أن نقدم لك أصلاً تعتمد عليه، وتُرجع سائر الروايات إليه. وهو:

أن النظر يقتضى الالتفات إلى ثلاثة معان: أحدها: استصحاب حال الملك. والثاني: استصحاب براءة الذمة من الغرامات، والثالث: كون الدعوى تشبه وتليق.

فوقع من المذهب قولان في اختلاف الموكل والوكيل في النقد والنسيئة بأن يقول الموكل: أمرتك أن تبيع بثمن إلى أجل. ويقول الوكيل: بل بثمن

---

(1) سقط السؤال الثاني من النسختين، ونصه كما يفهم من جوابه: وما حكم اختلافهما في تسلّم الوكيل من الموكّل ثمن السلعة التي وكّله على شرائها؟

حال. فقد قيل: إن القول قول الآمر. وقيل: القول قول المأمور. وهذا مع كون السلعة المبيعة قد فاتت. لتعارض مقتضى الأصلين اللذين قدمناهما. وذلك أن استصحاب مال الملك، وكون السلعة الفائتة ثبت/ أنها كانت من أملاك الموكل، فلا تخرج من ملكه إلا بما ثبت عليه بينة أو أقرَّ به. فإن لم يثبت ذلك عليه صدق في صفة ما أَذن فيه مع يمينه، وثبت التعدي على ملكه، فيغرم الوكيل قيمة السلعة إذا فاتت، لكونه قد ثبت التعدي عليه في بيعها بيمين مالكها.

فإن كان ما أحضر من الثمن فيه قيمتها التي تجب عليه، ولم يتلف على ربها مالاً، فإنه لا فائدة في اختلافهما، لأن تصديق الآمر لا يوجب له إلا القيمة وتصديق المأمور لا يوجب عليه سوى الثمن الذي أحضره. فلا يؤمران بيمين لا تفيد أحدهما.

فإن كانت القيمة الواجبة بهذا التعدي إذا ثبت أكثر من الثمن الذي أحضره الوكيل، فإنه ها هنا يتصور الخلاف، هل يغرم الوكيل ما زاد من القيمة على الثمن إذا حلف الموكل، أو يحلف الوكيل ويبرأ منه استصحاباً لبراءة ذمته. فمن رجح أحد هذين الأصلين على الآخر قدم مقتضاه. ولو كانت السلعة المبيعة قد أفاتها مشتريها بلباس، وحكمنا بأن القول قول الآمر، وثبت له التعدي، فإن من حقه أن يغرم المشتري قيمتها يوم أفاتها اللباس كما يغرمه ذلك إذا استحقها وقد باعها غاصب. لكن من حق المشتري ها هنا أن يستحلف الوكيل أنه لم يغره ولا كذب فيما ذكره عن الموكل، لأجل أنه لو أقر الوكيل بأنه هو الذي غره وكذب له حتى ألزمه زيادة على الثمن وقد كان في غناء عنه، وعن لباس هذا الثوب، ولم يصن بلباسه ماله. فإذا كان إقراره بهذا يلزمه غرامة للمشتري، كان من حق المشتري أن يستحلفه، ولكنها يمين تهمة لا ترجع على المشتري وتعلقها على حسب تعلق أيمان التهم.

وعلى هذا الأسلوب تجري في بقية ما ذكرناه من الأقسام. إلا أن يدعي أنه أذن له في بيع السلعة بما تكذبه فيه العادة، فإنه لا يصدق ويرتفع الخلاف،

فينظر فيما يدعيه من الإذن له في البيع بعوض هل يشبه ويليق؟ فيجري الأمر على ما قدمناه، أولا يشبه في العادة فلا يصدق، ويصدق الآمر.

على هذا الأسلوب أيضاً يجري الأمر في الاختلاف فيمن وكل رجلاً بأن يشتري له قمحاً بدنانير، فاشترى له تمراً، وقال: بذلك أمرتَني. فإنه قد اختلف قول **مالك** في هذا. فذكر **أبو الفرج**: أن **أشهب** روى عنه: أن القول قول الآمر. وبهذا المذهب أخذ **أشهب**. وروى ابن **نافع عن مالك**: أن القول قول الوكيل. وبه أخذ ابن نافع. وفي **المدونة**: أن القول قول الوكيل. واعتُل بأن الذهب استهلك بدفع الوكيل له، فأشبه فوات السلعة.

وقد ذكر ابن **المواز** في هذا تفصيلاً فقال: القول قول الآمر إذا كانت السلعة قائمة لم تفت، وعُلم أن الثمن من مال الموكل ببينة أو بإقرار قابضه الذي هو بائع السلعة. فأما إن فاتت أو لم يُعرف أن الذهب للموكل فإن القول قول الوكيل.

وعاب الشيخ **أبو إسحاق** هذا التفصيل. ورأى أن مقتضى النظر تصديق الآمر على الإطلاق. أو تصديق المأمور. واعتل بأن الدنانير إذا عرف أنها للآمر، وأخذها بثبوت كونها له، فإن الوكيل يلزمه غرامتها للبائع، فمن اشترى سلعة بدنانير فاستحقت الدنانير، فإن على المشتري خلفها، ولا ينفسخ البيع. فإذا توجه على الوكيل غرامة إذا عرفت بعينها فيجب أن يصدق لينفي عن نفسه هذه الغرامة كما صدق في فوت السلعة لما يتوجه عليه من غرامة في/ فوتها. ثم جنح إلى اعتذار عن **ابن المواز**: بكون السلعة إذا فاتت، وتوجهت غرامة على الوكيل فإنه يصدق. فإذاكانت السلعة قائمة وتوجهت عليه غرامة فإن الوكيل يتعوض وما غرم السلعة التي بقيت في يديه لما لم يصدق على الموكل.

وإذا كانت السلعة قد فاتت وألزمناه الغرامة لم يبق في يديه عوض عنها. فلهذا افترق الحكم بين كون السلعة قائمة فتتوجّه على الوكيل غرامة وعنده عوضها، فكأنه لم يغرمه وبين كونها فائتة إذا غُرِّم ولم يكن عنده عوض عن الغرامة.

وقد ذهب بعض أشياخي إلى أن الوكيل إذا بين لبائع السلعة أنه يشتري شراء وكالة، وأن الدنانير التي يدفعها للموكل فإنه لا تتوجه على الوكيل غرامة إن أخذت الدنانير من يد البائع، لأنه قد بين حين العقد أن العقد لغيره، وأن الثمن لغيره.

وهذا الذي ذهب إليه بعض أشياخي قد ذكره **أبو حامد الاسفرائيني** من أصحاب **الشافعي**، وفصل فيه هذا التفصيل من كون الوكيل لا تتوجه عليه غرامة، إذا بين حين العقد أن الشراء للوكيل، والدنانير له، على حسب ما قاله بعض أشياخي. بخلاف أن لا يبين ذلك حتى تجب عليه المطالبة بالثمن من ذمته، وتتوجه عليه الغرامة. فإذا كان **ابن المواز** أراد هذا الوجه، وهو الذي صورناه من كون الوكيل لا تتوجه عليه غرامة إذا استحق الآمر للدنانير ارتفع ما عارضه به الشيخ **أبو إسحاق** من كون الغرامة تتوجه عليه مع قيام السلعة، فيجب أن يصدق. ولو شهدت البينة بأن الدنانير التي اشترى بها الوكيل للآمر، ولكن البينة لم تعلم الجنس الذي أمره به، لصُدّق الآمر وقضي له بارتجاع الدنانير. ثم تتعلق في مطالبة البائع للوكيل بها، على حسب ما قدمناه. فإن نكل الآمر مضى العقد، ولم يلزم الوكيل يمين فيها[1] يقبل فيه قوله ها هنا، لأنه إذا كان القول قوله فله أن يرد اليمين على الآمر، فإذا ردها ها هنا، وجد الآمر قد نكل، ونكوله يمنع من تعلق هذه اليمين.

وعلى هذا الأسلوب يجري الأمر في اختلاف الوكيل والموكل في مقدار الثمن المأمور به. مثل أن يقول الآمر: أمرتك أن تشتري له بأربعين. ويقول المأمور: أمرتني أن تشتري بخمسين. فإن **مطرفاً** ذكر أن القول قول الآمر. وعلى الطريقة الأخرى، القول قول المأمور لما يتوجه عليه غرامة العشرة الزائدة على حسب ما بيناه.

ولو كان هذا الاختلاف فيما لا تتوجه على الوكيل فيه غرامة من العقود.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

مثل أن يوكل رجل رجلاً على عقد نكاح له، ويختلف الوكيل والموكل في مقدار الصداق الذي وكله عليه، فإن القول قول الموكل ها هنا لأنه هو الذي يقبض المثمون، الذي هو البضع، وهو الذي يدفع الثمن. بخلاف البياعات، فإن الوكيل له قبض الثمن ودفع المثمون. لكن لو تُصوِّر في عقد النكاح بوكالة غرامة الوكيل، مثل أن يدفع الوكيل للزوجة الصداق من عنده سلفاً للموكل، فإنه ها هنا تتوجه عليه غرامة إذا صدق الآمر. لاعترافه بأن الزوجة قبضت منه الصداق الذي جحد الزوج بعضه بوجه جائز، وأنه لا يحل للزوج أخذ ذلك منها ولا جحوده لها.

ومذهب الشافعية من هذا الأصل الذي ذكرناه من اختلاف الوكيل والموكل، في مقدار ما أُمر الوكيل أن يشتري به، أن القول قول الآمر. لأنه لو أنكر أصل الإذن لقبل قوله، فكذلك يقبل قوله في تفصيل/ الإذن وصفته. وكذلك قاسُوا ذلك على أن الزوج لما كان القول قوله في أنه لم يوقع طلاقاً، فكذلك يكون القول قوله في عدد الطلاق الذي أوقع إذا ادعت عليه الزوجة أكثر مما أقر به من عدد الطلاق، والأصل ثبوت العصمة، فيجب أن يصدق الزوج في مقدار ما أحدثه في العصمة كما يصدق في أنه لم يحدث فيها شيئاً. وها هنا إذا صدق الآمر فيما يُلزم الوكيل غرامة، وقد ائتمنه على التصرف له، كنا ألحقنا بالوكيل ضرراً وغرامة بدعوى الآمر عليه.

وعلى هذا القياس جرَوْا في رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف دينار فقال الوكيل: قد فعلت. وقال الموكل: لم تشتره إلا بثمانمائة، فإن القول قول الموكل لما كان مصدقاً في إنكار أصل الإذن. فكذلك يجب عندهم أن يصدق في تفصيله.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أن الموكل إن كان قد سلم الألف إلى الوكيل فإن الوكيل يقبل قوله فيما زعم أنه اشترى بالألف لكون الموكل ها هنا يطلب عليه غرامة (الوكيل بعض)[1] ما دفع إليه وائتمنه عليه. وإن كان لم يدفع الألف إليه

(1) هكذا في النسختين.

فإن القول قول الموكل، لكون الوكيل ها هنا يطلب غرامة الموكل.

والظاهر من مذهبنا أن الوكيل مصدق في الوجهين لأنه قد أؤتمن على هذا الفعل، وذكر أنه فعل ما وافقه الموكل على أنه ائتمنه عليه. فسواء دفع الألف إليه، أو أمره أن يَعقد بها على ذمة الموكل.

وإن كان قد ذكر بعض أصحاب **الشافعي**: أن الوكيل إذا قال: قد دفعت ما أمرني الموكل ببيعه وقبضت ثمنه فضاع. وقال الموكل: لم تبع ولم تقبض الثمن. فإن في المذهب عندهم قولين: هل يكون القول قول الآمر أو المأمور؟ والمشهور عندهم أن القول قول الآمر. (وهذا نقيض ما قالوه في اتفاقهما على أن الآمر موقع شراء العبد بألف، واختلفا في المقدار الذي اشتراه به)[1].

وقد اختلف فيمن دفع إلى رجل مائة دينار ليدفعها إلى عُمر. وقال: بذلك أمرني ربها. فروي عن مالك: أن القول قول الآمر. وقال ابن القاسم: القول قول المأمور ها هنا، بخلاف أن ينكر الآمر أن يكون أمره بدفعها إلى أحد، فإن القول عنده قول الآمر. ففرق بين إنكار الإذن من أصله، أو الإقرار، وخالف في تفصيله.

وإذا قلنا: إن القول قول الآمر، وحكمنا على الوكيل بأن يرد عليه ما سلم إليه من الدنانير، فهل يكون للوكيل أن يستردها ممن دفعها إليه أم لا؟ فيه عندنا قولان:

أحدهما: أنه لا يمكن من ذلك لإقراره أن الآمر ظلمه فيما أخذه منه، وأن الذي سلم إليه ما أُمر به قد أخذ ما يستحق بوجه جائز صحيح فلا يمكن المأمور من ظلمه لأجل أن الآمر ظلمه فيما أخذ منه.

وقيل: بل يمكن من ذلك لأنه لم يقصد هبة من دفع ذلك إليه، وإنما هو

(1) هكذا في النسختين.

كالمبلغ عن الآمر. فإذا كذبه في البلاغ كان من حقه أن يستردّ مَا دفعه إلى من أمره للآمر[1] بالدفع إليه.

وهكذا مذهب الشافعية أنه بالخيار بين أن يرجع على دافع الدنانير، أو على قابضها. لأن المأمور قد يقدر عنده في تسليمها إلى من لم يأمره بالتسليم إليه، وكان له المطالبة بمقتضى هذا التقدير. وله أن يطالب القابض لأجل أنه يعترف أن هذا المال إنما صار إليه من جهة الآمر. لكن عندهم اختلاف في، إذا كانت الوكالة على قبض دنانير من ذمة رجل فأتى الموكل فأنكر هذه/ الوكالة فعندهم قولان: هل لرب الدين أن يطالب القابض بهذه الوكالة التي أنكرها الموكل أم لا؟

فأحد القولين عندهم: تمكينه من مطالبة هذا القابض لاعترافه أن الذي قبضه إنما قبضه لرب الدين..

والقول الآخر: ليس له مطالبة، لأن حقه في ذمة الغريم، والذي قبضه هذا ليس هو عين حق رب الدين فتكون له المطالبة به.

فإذا تقرر حكم الاختلاف في أصل الإذن، أو في صفة الإذن. أو في وقوع الفعل المأذون به على حسب ما بيناه، فإن الوكالة لو كانت على شراء جارية فاختلف الآمر والمأمور في مقدار الثمن الذي فيه فقال الآمر: أمرتك بعشرة، وقال المأمور: بل بعشرين، وقضينا بأن القول قول الآمر، على حسب ما قدمناه من ذكر الخلاف في ذلك، فإن هذه الجارية إذا بقيت في يد المأمور نُظر في استباحة وطئها، فبيْن أصحاب **الشافعي** في ذلك اختلاف انفرد **الاصطخري** منهم فقال: يباح لهذا المأمور تعدّي ما أمر به يقتضى أنه لا ملك له فيها، وأنه قد سلم الملك للمأمور، وإذا كان الملك مسلماً لِهذا المأمور لم يحرم عليه وطء ملكه.. وكل أصحاب **الشافعي** سوى هذا الرجل، على أن وطأها لا يحصل للمأمور لإقراره بأنها على ملك الآمر، واعتقاده أنه ظلمه في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الآمر.

إغرامه لثمنها. ولهذا استحب الشافعي للحاكم أن يوقف بينهما، بأن يأمر الموكل أن يبيعها من الوكيل مما أخذ منه، أو يوليها له، على اضطراب عندهم في صفة ما يوفق الحاكم به بينهما في هذا حتى يحل إلى المأمور. وقد كنا نحن قدمنا في كتاب السلم الكلام على هذا المعنى فيمن باع جارية من رجل واختلف البائع والمبتاع في ثمنها فتحالفا وتفاسخا. وذكرنا هناك هل الفسخ لهذا العقد وقع ظاهراً وباطناً فيحل للمانع وطؤها. أو وقع في الظاهر دون الباطن فلا يحل له وطؤها؟ وبسطنا القول في ذلك. وهذه المسألة مما تلحق بما نحن فيه من اختلاف الموكل والوكيل، ما ذكرهُ **المدونة** فيمن أمر رجلاً أن يشتري له جارية بربرية، فاشترى الجارية الموصوفة وبعث بها إلى الموكل، ثم أتاه بجارية أخرى على الصفة، وقال: هذه التي اشتريت لك، والأولى التي أنفذت إليك أنفذتها لتكون وديعة عندك، ولم يبين ذلك حين الإنفاذ، فإن القول قول الوكيل مع يمينه، إن كانت الجارية لم تفت، وينتزعها من يد الموكل. ويلزم الموكل قبول الجارية التي أتى بها إليه، وذكر أنه اشتراها له. فإن فاتت الجارية المبعوثة إلى الموكل، بأن أعتقها الموكل أو أحبلها أو كاتبها أو دبّرها، فإنه لا يقيل الوكيل في رجوعها إليه، وتبقى على ما هي عليه من إمضاء ما فعله الموكل فيها بما ذكرناه إلا أن تشهد بينة بصدق الوكيل من كون المبعوثة إنما أنفذها وديعة، فيستحق الوكيل ارتجاعها.

كما يجب نقض هذه الأفعال إذا فعلها من اشترى جارية ممن يعتقد أنه مالكها فأتى من استحقها، فإنه ينقض ما فعله المشتري من ذلك على الاختلاف المشهور في الجارية المستحقة، بعد أن أولدها المشتري، هل يأخذ عين الجارية وقيمه ولدها أو يأخذ قيمتها وقيمة ولدها، أو قيمتها خاصة دون قيمة الولد. وإلى هذا أشار في **المستخرجة** من كون استيلاد الموكل للجارية التي بعثها الوكيل على حسب ما ذكرناه يجرى الحكم فيها على الخلاف المذكور في المستحقة من يد مشتريها، ولكن اقتصر في **المدونة** في مسألة الوكيل التي/ ذكرناها على أنه إذا قامت بينة بصحة ما قاله الوكيل فإن الموكل يغرم قيمة

الجارية. ولم يذكر غرامة قيمة ولدها. ولكن **سحنون** تمم المسألة في غير **المدونة** بأن قال: يأخذ الوكيل الجارية وقيمة ولدها. وعلى هذا أمضى الأشياخ من حمل ما في **المدونة** على أن قيمة الولد يؤخذ مع ارتجاع الأم. ولا يحسن عندي التصميم على أن مراده من **المدوّنة** إلزام الموكل قيمة الولد. ولا أجري المسألة على الخلاف في المستحقة، لكون الوكيل فرط في إعلام الموكل أن التي أنفذها له ليست هي التي اشترى للموكل. وإنما صُدق الوكيل إذا لم تفت الجارية لكون ما ذكره ممكناً. فإذا فاتت بالاستيلاد والعتق لم يحسن إبطال حق الله فيها بدعوى الوكيل ما الظاهر خلافه لتعلّق حقين بها، حق الموكل، وحق الله سبحانه.

وقد أشار في كتاب **ابن حبيب** إلى هذا المعنى واقتصر على التزام الموكل لقيمتها، ولا قيمة عليه في الولد لكونه أباحها للموكل، وسلطه عليها مع تجويزه أن يستولدها، فلم تكن عليه غرامة فيما سلطه عليه. وإذ لم تقم بينة على صدق الوكيل، ولكن الموكل صدقه بعد أن أعتقها أو استولدها فإنه لا يبطل حق الله سبحانه فيها باتفاق هذين الوكيل والموكل على إبطاله، يُمنع الوكيل من ارتجاعها، ويُمنع الموكل من إيقافها على مقتضى أحكام ما فعل من عتق واستيلاد، لكونه مُقرًّا بأن ردّها يجب على الوكيل، ولكن الشرع منعه منه.

وقد ذكر في **الموازية** فيمن وكل على شراء جارية بمائة دينار فاشتراها للموكل ثم حبسها لنفسه، واشترى جارية أخرى للموكل وأنفذها إليه، فإن الموكل بالخيار في أن يمسك التي أنفذ إليه لكون الوكيل مقراً أنه إنما اشتراها له. وتنتزع من يده الأولى التي اشتراها له الموَكّل. فيحصل له الجاريتان، الأولى لحكم الوكالة على شرائها، والثانية بحكم مَا جُعِل له من الخيار فيها، وإن شاء أمسك إحداهما، أما الأولى فله إمساكها خاصة بحكم الوكالة، وردّه لما جعل له من الخيار في الثانية. وأما إمساك الثانية خاصة دون الأولى بالإجازة لما فعله من المعاوضة، وذكر أن المأمور إذا وطىء الأولى التي أمسك لنفسه

وحملت منه، فإن للموكل انتزاعها منه وأخذ قيمة ولدها إذا وضعت، كالحكم إذا استحقت.

وأما إذا وطىء الموكل الجارية التي بعثت إليه فإنه ذكر في **العتبية** أنه بالخيار بين قبولها بحكم ما جعل إليه من الخيار في ذلك، ويكون عليه الأقل من الثمن أو القيمة. فإن كان الثمن الذي اشتراها به الوكيل لم يكن عليه أكثر منه لرضا الوكيل بذلك. وإن كانت القيمة هي الأقل كان له التمسكُ بها بالقيمة لأجل فوتها بالاستيلاد فيقبلها على الجملة. ويكون حكم مَا يدفع فيها من ثمن هو الأقل. قال: وإن شاء ردها. فإذا ردها لكونه له ألا يقبل هذه المعاوضة التي فعلها الوكيل. واختلف هل يرد معها قيمة الولد أم لا؟ فقيل: يرده كما يرد ذلك بالاستحقاق. وقيل: لا يرده لكون الوكيل سلطه على ذلك وأباح له وطأها مع تجويزه أن يستولدها.

هذا حكم الرد والقبول. وأما حدّ الوكيل، فإنه إذا وكل على شراء جارية معينة فأمسكها لنفسه ووطئها، وبعث للموكل بغيرها، فإنه يحد. وأما إن كانت غير معينة فظاهر **الموازية** ألا حد عليه، على حسب ما نقلناه من الرواية. وذكر في **العتبية** أنه يحد إلا أن يعذر بجهل وتأويل. ولكنه/ لم يصرح في السؤال بكون الجارية معينة. وإنما ذكر هذا فيمن وكل على شراء جارية. فظاهر الكلام يقتضى أنها غير معينة.

ولو أن الوكيل وكله رجلان أحدهما وكله على شراء جارية بمائة دينار. ووكله آخر على شراء جارية بخمسين. ففعل وغلط بأن دفع إلى كل واحد منهما جارية صاحبه فإنه إن لم يشعر بذلك حتى فاتتا بالحمل لكنه[1] ذكر في الرواية: إن زادت قيمة الجارية التي اشتراها بمائة على خمسين فإنه يغرم ذلك لمن وكله على الشراء بالمائة. وهذا عندي مبني على أن الوكيل والمودَع يضمنان بالغلط. وقد تقدم ذكر الخلاف في ذلك في غير هذا الكتاب ولذلك لو وكله على شراء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإنه.

جارية بمائة، فاشتراها بمائة وخمسين وأنفذها للموكل فوطئها الموكل واستولدها، فإنه لا يلزم الموكل غرامة ما زاد الوكيل لكون الوكيل قد فرط في إعلامه بذلك. ولا يلزم الواطىء غرامة ما تعدى الوكيل في زيادته، ولو ثبت بالبينة أنه زاد ذلك لأجل ما ذكرناه من تسليطه للموكل بالعوض الذي سمي له، وقال سحنون بأنه يرجع على الواطىء بقيمتها ما لم تزد على المائة والخمسين التي زاد، فلايزاد للوكيل على ما دفع، أو ينقص من المائة فلا ينقص منها، لكون الواطىء رضي بها. وكأنه قدر أن الوكيل لم يملكها للموكل إلاّ على أن يدفع له المائة وخمسين. فإذا لم يلزمه الوكيل ذلك رد عليه الجارية لم[1] تفت في يد الموكل، وذكر ذلك بقرب تسليمها للموكل.

وقد قدمنا أن الوكيل لو زاد زيادة يسيرة مما يلزم الموكل، فإنه إنما يصدق إذا لم يطل الأمر. (وطال زمن تركه لذكر الزيادة ولا عذر له في ترك ذكرها)[2]

ولو كانت الوكالة على شراء ثوب بمائة درهم، فاشتراهُ الوكيل بمائة وخمسين لكان من حق الوكيل أن يطلب بمقدار ما انتفع به الموكل فيما بين الثمنين من الثمن الذي سماه والثمن الذي دفعه الوكيل. (فإن كان ما يشتري بمائة يبلى في أمد. وما اشترى بمائة وخمسين. لاحتاج بعد مضي الأجل الذي يبلى فيه ما اشترى بمائة إلى لباس ثوب آخر فإنه يطالب بهذا المقدار الذي دفع فيه ماله[3].

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا زعم الوكيل على شراء سلعة أنه لم يقبض ثمنها من الموكل. وزعم الموكل أنه دفع ذلك إليه. فإنه إن لم يكن الوكيل نقد للبائع الثمن، فإن القول قوله أن الموكل لم يدفع ذلك إليه، لأن المطالبة بالثمن من حق بائع السلعة،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا لم..

(2) كذا في النسختين.

(3) كذا في النسختين، ولعل في الكلام نقصاً.

وهذا الوكيل واسطة بينه وبين من اشتراها. فصدق الوكيل أنه لم يقبض ثمنها من الموكل، ويحلف الوكيل أنه لم يدفع ذلك إليه. ويطالب الموكل بدفع الثمن لأن الأصل براءة الوكيل من قبض مال الموكل ديناً أو أمانة. ومن استمسك بالأصل فهو المدعى عليه.

وأما إن كان الوكيل دفع ثمن السلعة لبائعها منه، ثم طالب الموكل بالثمن، وزعم أن الثمن المدفوع من عنده سلفاً للموكِّل وزعم الموكل أن الثمن المدفوع للبائع هو دفعه إليه. فظاهر المذهب على قولين: هل يصدق الموكل أو الوكيل؟ ففي سماع **ابن القاسم** فيمن وكلته زوجته على شراء شيء، فأتى يطالبها بالثمن بعدما اشترى ما وكلته عليه، فزعمت أنها دفعت ذلك إليه، وقد قبضت منه ما وكلته على شرائه، فإن القول قول الوكيل: إنه لم ينقد الثمن للبائع. وإن كان نقده فالقول قول الزوجة.

وروى **عيسى** في رجل وكل رجلاً على شراء سلعة فاشتراها، وزعم الموكل أنه قد دفع ثمنها/ للوكيل، فإن القول قول الوكيل: إنه لم يدفع إليه.

وإنما وقع هذا الاختلاف إذا كان الوكيل قد نقد للبائع ثمن ما باعَه منه ولم يقع هذا الاختلاف إذا كان لم ينقد للبائع لأجل أنه إذا كان قد نقد البائع فقد سقط مقال البائع في المطالبة بالثمن، وانقطع بذلك علائق الوكالة، لكون الوكيل مقراً أن الذي اشتراه قد ملَّكه الموكّل، وأن البائع قد وصل إليه العوض عن ذلك. فجعلت المطالبة بينه وبين الموكل فصار مدعياً عليه أنه أسلفه سلفاً، ومن ادعى عليه أنه قد أسلف فالقول قوله.

ورأى من ذهب إلى القول الآخر أن الثمن لما أقر الموكل أنه لم يصل إلى يد البائع إلا من يد الوكيل ومن حوزه، والقول قول الحائز أن الذي خرج من يده ملكٌ له، فوجب لأجل هذا تصديقه أن لم يقبض الثمن من الموكل، كما لو لم يكن نقد الثمن للبائع فإنه يصدَّق في ذلك، لأن الأصل عدم قبضه من يد غيره ديناً وأمانة.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى دفع الخلاف في هذا من ناحية العقد. وتأول ما قيل في اختلاف الزوجين في الثمن المدفوع على حسب ما نقلناه من سماع ابن القاسم على أن ذلك إنما قيل لعادة جرت بين الزوجين بصدق من شهدت له العادة.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا وكل على بيع سلعة فباعها، وزعم أنه أوصل ثمنها للموكل، فإنه يصدق في ذلك، لأنه مؤتمن على هذا، فوجب تصديقه، كما يصدق المودَع في أنه رد الوديعة لمودِعها له[1].

وكذلك كل ما وكل عليه وجعل في يده أمانة، فإنه يصدق في رده لمن ائتمنه عليه. وذكر **أبو حامد الاسفرائيني** أن عندهم اختلافاً في تصديق الوكيل إذا قال له الموكل: إنك لم تبع ولم تقبض الثمن، إذا زعم الوكيل أنه باع وقبض الثمن وضاع. وذكر عن بعض أصحابهم أن المذهب عندهم على قول واحد في أن الوكيل لا يصدق في ذلك لقول **الشافعي**: من وكّل أن يبيع سلعة ويشتري بها شيئاً. فقال: فعلت وضاع، أنه لا يصدق.

وهذا عندي يستند إلى مسألة أخرى على أنها عندهم على قولين. وهي من وكل على بيع سلعة هل يتضمن ذلك توكيله على قبض الثمن لأجل أنه قد يراه الموكل أهلاً لعقد البيع لحذقه، ولا يراه أهلاً لقبض الثمن لضعْف أمانته؟ وهذا كما حُكِي عندهم اختلاف فيمن وكل على قبض شيء هل له أن يخاصم فيه؟ لكون القبض يتضمن ذلك أو لا يمكن الوكيل من ذلك لكونه قد يرضى الموكل أمانته ولا يرضى معرفته بالخصام؟ ولو كانت الوكالة تحصل لصدق في ردّ ما وكل عليه أيضاً؛ إذا كان أصل الدفع إليه بغير إشهاد. كما يصدق في القراض إذا أخذه بغير بينة، والأصل في هذا تصديق المودع في الوديعة إذا أخذها بغير بينة، ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان: أحدهما تصديق الوكيل

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذفها.

بجعل، والمقارض، والأجير المشترك لما ذكرناه من كون الشيء في أيديهم فيشبه ذلك الرهان والعين المستأجرة. وهم لم يختلف القول عندهم في الرهان والعين المستأجرة أن قابضها لا يصدق في الرد.

هذا حكم دعوى الوكيل أنه رد الأمانة إلى يد من ائتمنه عليها.

وأما دعواه ردها إلى غير من ائتمنه عليها، مثل أن يؤمر بأن يخرج من ذمته إلى ذمة أو من أمانة إلى أمانة أو من ذمة إلى أمانة أو من أمانة إلى ذمة. وذلك أن يقول الموكل/ لمن له عليه دين: اقضه عنه لمن له عليّ مثل ذلك. أو يقول: أودعه لي عند فلان. أو أخرجْه من ذمتك وأَبْقِهِ وديعة عندك. أو يقول له: الوديعة التي لي عندك أسلفها لفلان أو: أودعها لي عند فلان.

فإذا تصورت هذه الأقسام الأربعة، فإنه لم يختلف المذهب في الموكل إذا قال: اقض عني الديْن الذي عليّ لفلان أنه لا يصدق في أنه دفع ذلك فيمن أُمر بدفعه إليه إذا أنكر ذلك من أمر بأن يدفع إليه.

وكذلك يختلف **الشافعية** في هذا أيضاً.

والعلة في هذا: أن قوله: اقض عني الديْن، يتضمن هذا اللفظ أن يبرىء ساحة الموكل منه لأن قضاء الشيء على الذمة منه. والذي أُمِر الوكيل بالدفع إليه إذا أنكر أن يكون قبض من الوكيل شيئاً بقي حقه على الموكّل على حسب ما كان، فقد ضيّع الوكيل أو لم يبرىء ساحة الموكل والظاهر أن هذا الاتفاق إنما جعل إذا قال الموكل: اقض عني هذا الدين. لكون لفظة القضاء يتضمن عندهم الذي بيّنّاه.

ما سوى هذا الوجه الواحد من بقية الأقسام التي ذكرناها، المذهب فيها على قولين: هل يصدق الوكيل في امتثال ما أمر به أم لا؟ لكن المشهور في المذهب أن على الوكيل الإشهاد، إذا أُمِر بالدفع إلى غير من دفع إليه. لكن أمره بأن يخرج من ذمته إلى أمانته فيه قولان مشهوران: فذكر في المدونة فيمن عليه طعام من سلم فقال له مستحق ذلك عليه: كِلْه في غرائرك. فقال: كِلْتُه وقد ضاع بعد كيلي له، أنه لا يصدق.

وقال في كتاب الوكالات، فيمن أُمر أن يشتري لؤلؤاً بثمن يدفعه من عنده سلفاً للموكّل. فقال: قد فعلت وضاع اللؤلؤ. أنه يقبل قوله في ذلك. ومن الأشياخ من يشير إلى أن هذا اختلاف قول فيمن أُمِر أن يخرج من ذمته إلى أمانته. ومنهم من يفرق بين السؤالين بأن مسألة كتاب السلم عمارة الذمة سبقت للائتمان، وأسند حكم الائتمان وانسحب حكم عماره الذمة عليه، ومسألة كتاب الوكالات حكم الأمانة سبق لأنه إذا اشترى بحكم الأمانة صار البائع مطالباً بالثمن فدفعه[1] عمرتْ ذمة الموكل فغلب في هذا حكم الأمانة.

ومنهم من يشير إلى هذا المعنى بعبارة أخرى، فيقول: مسألة كتاب السلم تتضمن إخلاء ذمة. ومسألة كتاب الوكالات تتضمن عمارة ذمة.

ومنهم من يقول: إنما ادّعى الوكيل ضياع اللؤلؤ، وهو في يده أمانة، بعد تقرير ما في الذمة. ولو ادعى أنه أخرج الثمن من أمانته ليشتري به لؤلؤاً فضاع، كما لو قال في مسألة السلم: أخرجه من ذمتك وبعه. وهو مما يجوز بيعه. فقال: فعلت. وضاع ثمن ما بعت فإنه يصدق..

وهذه الطرق غير واضحة. والتحقيق أن المذهب على قولين في هذه المسألة على حسب ما قدمناه. وقد جعل من ذهب إلى أن الوكيل لا يصدق بالدفع إلى من أمر بالدفع إليه، أمرَ الله سبحانه الوصي بالاشهاد على اليتيم بدفع ماله إليه، أصلاً في هذه المسائل. واعتل بأن الوصي إنما أمر بالإشهاد لكونه غير مصدق في الدفع إلى اليتيم لما كان اليتيم ليس هو الذي دفع المال إليه. فصار هذا أصلاً في كل من دفع للأمانة إلى غير اليد التي دفعتها إليه.

ومن أصحاب **الشافعي** من ذهب إلى أن الوصي مصدق في الدفع وإن لم يشهد، كما يصدق في الانفاق على اليتيم. ويقدر أن الأمر بالإشهاد على جهة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فبدفعه.

الاحتياط وحذراً من المخالفة والنزاع وحسماً لمادة/ الخصام. كما قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]. ومحمل هذا عند فقهاء الأمصار على النَّدْب والاستحباب. ونحن إنما صدقنا الوصي في الإنفاق إذا كان اليتيم في كفالته فإنه هو المنفق عليه، ولا ظاهر[2] ولا مشقة في الإشهاد على دفع مال اليتيم. وكنا حكينا عن **الموازية** فيمن في يده شيء على جهة الأمانة بإشهادٍ، أنه يصدق في دعوى الرد، لقدرته على دعوى الضياع فيصدق، والوصي مصدق في دعوى الضياع. فطرد ما ذكرناه من التعليل يقتضيه تصديقه في الدفع لليتيم. ولكن هذا لم يتعرض إليه أحد من أصحابنا. وهكذا الحكم عند أصحاب الشافعية أن المذهب عندهم على قولين: فيمن أُمِر بالدفع إلى غيره ولم يقل له: اقض عني الدين. واعتلّوا لأحد القولين عندهم في تصديق الوكيل: أنه قادر على أن يدعي الضياع فيصدق في ذلك، ولا يكذب في دعواه الدفع. وهذا في الأمانات التي في يده. وأما ما هو دين عليه من غير بينة فإنه يقدر أيضاً على جحوده فيكون القول قوله، فلا يكذب في دعواه (وجه آخر)[3]. وطردوا على التعليل في المطالبة بالإشهاد على رد المال إلى مستحقه، فقالوا: إذا كان دين بالإشهاد فمن حق من هو عليه ألاّ يدفعه إلا بأن يشهد مستحق الدين على نفسه بأنه قد صار ذلك إليه. إذ لا طريق لمن الدين عليه بالتخلّص منه إلا بالإشهاد. فلو كان الدين بغير إشهاد لم يلزم مستحقه أن يشهد على نفسه عند قبضه لكون من هو عليه يمكنه أن يبرَأ منه بجحوده من الأصل فيصدَّق مع يمينه ولم يعتبروا كون اليمين يشق عليه، فيكون من حقه لأجل ذلك الإشهاد.

وهذه الطريقة التي سلكوها تنظر عندنا إلى ما وقع في **الموازية** في تصديق من ادعى رد شيء استأجره بحضرة بينة أنه مصدق في الردّ لكونه قادراً على أن

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين.

يدعي الضياع فيبرأ، فصدق ها هنا في وجه الحكم (ألا يصدق فيه)[1] لما كان قادراً على أن يدعي وجهاً آخر يصدق فيه وهو ضياع ما استأجره.

فإذا أحطت علماً بحكم دعوى الرد لغير من دفع إليه أو لمن دفع إليه فإنه قد يقع في النفس إشكال: فيمن التقط لقطة فزعم أنه ردها لمستحقها، وأنكر مستحقها أن يكون قبضها منه. أو هبت الريح بثوب ألقته في دار إنسان فزعم أنه أعاده إلى مستحقه. لأن هذا لم يدع أنه رد ذلك لمن دفعه إليه، ولا يدعي أنه رده أيضاً للشخص الذي دفعه إليه. فذهب **أبو حامد الإسفرائيني** إلى أنه لا يصدق، لأن مستحق هذا لم يدفعه إليه فيصدق في الرّدّ عليه. وهذا الذي قاله لا يسلم له، أما عند من اعتبر قدرة الإنسان على التخلص بدعوى الضياع فلا خفاء، بأن هذا مصدق، لكونه مصدقاً في ضياع اللقطة وما ألقته الرياح عنده. وأما من لا يعتبر هذا فإنه لم تدفع ذلك إليه يدٌ فيلزمه أن يرد إليها، لأن على اليد ما أخذت حتى تؤديه. مع كونه محكماً في الشرع في هذه المسألة بأن يسمع الصفة والوكاء، والوعاء. فإذا تبين له صدق المدعي دفع ذلك إليه. بخلاف ما سواه من الحقوق التي لم يحكمه الشرع فيها.

وها هنا قسم ثالث: وهو أن يأمر رجل رجلاً بأن يأتيه بمال له عند رجل، فيزعم الرسول أنه قد أتى به للمرسِل، ويكذبه المرسل. فهذا فيه قولان:

أكثر أهل المذهب على أن الرسول مصدّق في إبراء نفسه، ولكن الدافع إليه لا يصدق لكونه دفع هذا المال / لغير من دفعه إليه، فعليه الإشهاد على ما حكيناه من المذهب المشهور.

وذهب **مطرف** أنه لا يصدق إذا ناكره المرسل بعد أيام يسيرة، ويصدق بعد الشهر ونحوه مع يمينه. وبعد الزمن الطويل يصدق بغير يمين لكونه عنده مع الطول لا يمكن في العادة أن يؤخر المرسل ما عنده.

ولو مات الرسول بحدثان الاقتضاء لطُلبت تركته. وبعد مدة هو فيها

---

(1) هكذا في النسختين.

مصدق لو كان حياً، لم تطالب تركته.

وهذا الخلاف الذي وقع ها هنا لأجل أن الرسول لما كان قبضه لهذا نيابة عن المرسل صار كأن المرسل هو الذي دفعه إليه فادعى بعد ذلك رده إليه، فيجب أن يصدق فيه في القول الآخر أنه دفع المال إلى غير اليد التي دفعت للقابض للمال وصياً أو وكيلاً مفوضاً إليه، برىء الدافع بتصديقه له.

وإن كان وكيلاً مخصوصاً فإن الدافع للمال لا يبرأ بتصديقه على ما ذكره في **الموازية** واعتل **ابن المواز**: بأن الرسول الدافع يلزمه اليمين ولا تنفعه شهادته، للدافع إذ لو قبلت شهادته لم يحلف. وهكذا أشار في المدونة إلى أنه لا يبرأ الدافع بتصديق الرسول. وبعض الأشياخ يشير إلى أن في هذا قولين مشهورين.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على شراء سلعة فاشتراها له وضاع الثمن في يد الوكِيل. فهل على الموكل أن يحلفه أم لا؟

فيه ثلاثة أقوال: ذكر في المدونة: أنه إن سلّم الثمن إليه يعقد[1] الشراء عليه، فإن الموكل لا يلزمه غرمه ثانية إذا ضاع، ويلزم ذلك الوكيل، وتبقى السلعة له، إلا أن يختار الموكّل أخذها وغرامة ثمنها فيمكن من ذلك. وإن كان الموكل لم يدفع الثمن للوكيل إلا بعد أن عقد الوكيل الشراء فضاع الثمن في يد الوكيل فإن على الموكل غرامته ثانية. ولو ضاع ثانية لغرمه ثالثة حتى يصل إلى البائع.

ولو ضاعت السلعة في يد الوكيل مع ضياع الثمن لكان الحكم ما ذكرناه.

وذكر في كتاب القراض عن بعض المدنيين أن الموكل لا يلزمه الغرم في الوجهين جميعاً.

وذهب **المغيرة** إلى أن الموكِّل يلزمه الغرم في الوجهين جميعاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قبل أن يعقد.

فأما **المغيرة** فإنه قدر أن الثمن وإن سلمه الموكل للوكيل قبل عقد الشراء فإن ذلك لا يعيِّنه، ولا يخرج العقد ذلك عن كون الثمن في ذمة الموكل. لا سيما إذا قلنا بأن الدنانير والدراهم لا تتعين، وكان الثمن دنانير أو دراهم. وقدر بعض المدنيين أنه وإن كان لم يدفع الموكل الثمن للوكيل إلا بعد عقد الشراء فإنه يتعين بالدفع بعد العقد، ويصير كما لو عقد البائع عليه، وكأن الموكل إنما وكله على أن يدفع إليه الثمن مرة واحدة.

وأما التفرقة بين أن يكون دفع الثمن قبل العقد أو بعده، فإنه إذا دفع ذلك قبل العقد قصر الوكيل على الثمن المدفوع، وكأنه شرط ألاّ يعقد على ذمته بل على عين ما دفعه إليه. وإذا لم يدفع ذلك إليه فكأنه أمره بالعقد على ذمته فلا تزال ذمة الموكل مطلوبة حتى يصير إلى بائع السلعة.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا اشترى رجل عبداً بمال دفعه إليه، فإنه إذا عقد الشراء على أن يكون العبد ملكاً له، لزمه العقد ودفع الثمن من مال نفسه. فإذا دفعه من مال لا يستحقه بل يستحقه سيد العبد الذي باعه فإنه/ يبقى للبائع ما دفعه إليه من مال عبده، ويطالبه بأداء الثمن من مال نفسه، كما لو غصب دنانير دفعها في ثمن هذا العبد فأخذت من يد البائع بالاستحقاق، فإن المشتري يطالب بخلفها.

وإن كان الثمن عرضاً انفسخ العقد لأن من اشترى عبداً بدنانير أو دراهم فاستحقت الدنانير أو الدراهم من يد من دفعها المشتري إليه كان على المشتري خلفها. ولو اشترى العبد بعرْض فاستحق العرْض من يد البائع كان له ارتجاع عبده. فإذا كان المشتري إنما دفع مال العبد عرضاً فهو ملك لسيد العبد، وكأنّ سيد العبد استحقه وإنما باع العبد به، فإذا استحق رجع في عبده.

وهذا التعليل، الذي ذكرناه، لأجلهِ فرق بين أن يكون المشتري استثنى مال العبد لما اشتراه أو لم يستثنه. فإنه إذا لم يستثنه كان المال المدفوع للبائع مما يستحقه البائع. فإذا اشترطه المشتري لم يستحقه البائع وصار أيضاً المشتري

كأنه هو الذي استحقه وملكه لما استثناه وقدر على ملكه بالانتزاع، فلم يدفع في ثمن العبد إلا ما قد استحقه وهو في حكم ملكه. ولم يقدروا كون هذا العبد وهب هذا المال لمشتريه قبل عقد البيع فيكون لسيده رد هبته، فيبقى هذا الحكم واجباً للسيد بعد البيع لأنه إنما له رد الهبة بشرط بقاء الملك، وإذا سقط ملكه عن العبد وعن ماله سقطت الحقوق التابعة للملك من رد ما وجب له رده لو بقي على الملك.

وهذا إذا كان إنما اشترى العبد ليملكه وأما إن اشترى العبد ليملك نفسه واستثنى المشتري ماله، فإن العبد يكون حراً، إذ يستحيل أن يملك العبد نفسه. ولا مقال للسيد لكون المال لما استثني سقط مقال البائع فيه كما قدمناه. فأما إن كان المشتري لم يستثنه فإنه قد بقي حق البائع فيه. وكأن المشتري اشتراه بمال ودلس على البائع فدفع له ما هو مال له. فكان الواجب أن يغرم المشتري الثمن الذي دفعه إلى البائع، وهو ما لا ملك له عليه وإنما هو من أملاك البائع. لكن في **الموازية** أنه يبقى رقيقاً لسيده الذي باعه. وكان مقتضى الأصل الذي قدمناه أن يغرم المشتري ثمنه ثانية، كما بيناه إذا اشتراه ليملكه، لأن من اشترى شيئاً فعليه ثمنه، ولو اشتراه شراء وكالة. لكن هذا إذا اشترى العبد ليملك العبد نفسه كنا إذا غرمناه الثمن لم يجد مرجعاً، ولا يأخذ عنه عوضاً، لكون العبد قد عتق بهذا الشراء، وولاؤه لسيده لما كان عتقه بمال هو كملك لسيده. فلهذا ذكر **ابن المواز** أنه يبقى رقيقاً ولا يغرم مشتريه الثمن ثانية، لكونه لو غرمه لم يأخذ عنه عوضاً.

وقد كنا قدمنا في هذا الكتاب الإشارة إلى هذا التعليل في اختلاف الوكيل والموكل فيما وكل الوكيل على شرائه. ولو كان الثمن على هذا عرضاً لبطل العقد لما قدمناه من كون استحقاق العرض يوجب انفساخ العقد ويرجع العبد ملكاً لسيده. ولا يمنع من رجوعه ملكاً كون العقد وقع على أن يملك العبد نفسه فيعتق، والعتق فوت في الاستحقاق، لأن مشتريه لم يبتد عتقه، وإنما أعتقه الشرع لاستحالة ملك الإنسان نفسه، مع كون مشتريه ها هنا لا يطالب

بغرامة الثمن لأجل ما قلناه. بخلاف أن يشتري العبد ليملكه فإنه يطالب بالثمن ثانية لكونه أخذ عنه عوضاً وهو العبد. ولو اختلف ها هنا الموكل، وهو/ العبد، ووكيله، وهو مشتريه، هل وقع العقد على أن يملك العبد نفسه، أو يكون ملكاً لمشتريه؟ فإن القول قول المشتري ها هنا، لأن الحوز واليد وتولّي الشراء دليل على الملك، فصار العبد مدعياً خلاف ما يقتضيه الظاهر. ولا مطالبة للعبد باستحلاف مشتريه على هذه الدعوى، لأن قول العبد: إنما اشتريتني لنفسي معناه أني حر، ودعوى العبد العتق لا يوجب يميناً.

وأما تعلق اليمين على المشتري لحق السيد فإنه إن كان المشتري قد استثنى ماله فلا مطالبة للبائع على المشتري بيمين، إذ لا حق له في المطالبة بغرامة ثمن فيرجع العبد لأجله. وإن كان لم يستثن المشتري فمن حق البائع أن يستحلف المشتري، لأنه يقول: إذا كان الشراء ليس لك، ولكن ليملك العبد نفسه، بطل العقد وبقي العبد على ملكي، كما قدمناه عن **الموازية**. والمشتري يقول: بأن العبد يبقى على ملكي، وإنما عليّ غرم الثمن ثانية. فهذا التفصيل في تعلق اليمين في ما بين البائع والمشتري لأجل ما ذكرناه من التعليل.

وأما في حق العبد فإنه قد ذهب بعضَ الأشياخ إلى أنه لا تتعلق بدعواه يمين، كما تتعلق بدعوى العبد. وهذا مما قد يختلف فيه لأجل أن سقوط اليمين في دعوى العتق لأجل ما تحته من تكرره، فلحق السادات بهذا مضرة. كما تسقط اليمين في دعوى الطلاق لما يخشى من تكرره. وهذا مما لا يتكرر مع كونه ليس بدعوى صريحة بالعتق وإنما هو تنازع في مال أدت الدعوى فيه إلى العتق، ومراعاة المال مما يقع فيه الاضطراب.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا باع السلعة مالكُها، وباعها من وكّله على بيعها، عُلِم أوّلُهما بيعاً فإن العقد السابق هو النافذ الماضي. والعقد الثاني مردود. وقع ذلك من الموكّل

صاحب السلعة وكيله[1].

وإنما كان الحكم تقْدمة الأول لكونه وقع من وجه صحيح لازم لا رجوع لأحد المتعاقدين.

لأنه إن كان الذي عقد أوَّلاً مالكَ السلعة فقد باع ملكه، وبيعه لملكه عزل لوكيله الذي وكله على بيع هذه السلعة، إذ لا يصح أن يملك كل واحد من المشتريين جميعاً معاً بعقد واحد. فلما استحال ذلك صار عقد مالكها عزلاً لوكيله عن بيعها.

وكذلك لو كان الذي عقد أولاً هو الوكيل لنفذ ذلك أيضاً، لأنه عقد بوكالة صحيحة فوجب نفاذه كعقد مالكها.

وكونه ليس له عزل وكيله عن البيع بعد أن عقد الوكيل البيع. وسواء ها هنا علم العاقد، الذي هو الوكيل أو المالك، أنَّ عقداً سبق فيها أو لم يعلم، لأنه ترجح العقد الأول بالسبق لصحة الملك كما ذكرناه.

وهذا إذا لم يقبض السلعة أحد المشتريين، فإن قبضها أحدهما وكان هو الأول فلا خفاء بأنه أحق بها لترجح جانبه بأمرين: أحدهما السبق للعقد، والقبض للسلعة المبيعة. وإن كان القابض هو المشتري الثاني، وثبت أنه عالم بأنه قد سبق في هذه السلعة عقد نافذ، أو علم العاقد منه الذي هو البائع ذلك، فإن قبضه لا يؤثر، والسلعة لمن عقد عليها أوَّلاً، كان العاقد منه مالكها أو وكيله. لأنه إذا كان عالماً بأن عقداً قد تقدم فيها يجب إنفاذه، صار متعدياً في عقده عليها، فوجب رده.

وإن كان الذي عقد من المشتريَ الثاني لم[2] يعلم بسبق عقد فيها، وقد قبضها الثاني فها هنا قولان: هل يكون العاقد الأول أوْلى، لما قدمناه من ترجيح/ جانبه بالسبق؟ وإلى هذا ذهب المغيرة ومحمد بن عبد الحكم. أو

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو وكيله.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: (عقد المشتري... ولم).

يكون الثاني أولى لترجيح جانبه بالقبض، وكون هذه السلعة لو هلكت في يديه وقد قبضها بعقد معاوضة لكان ضمانها منه. والضمان شبهة وترجيح يوجب أن يقويه بذلك. وهذا هو المشهور من المذهب والمنصوص في **المدونة**.

وعلى هذا يجري الأمر في امرأة عقد عليها ولياها، وقد وكلت كل واحد منهما على العقد، فإن الأول أولي بها إذا لم يدخل بها أحدهما لترجيح الأول بالسبق، إلا أن يدخل بها الثاني، وهو غير عالم بأنه قد تقدم فيها عقد. ولو ثبت أن الذي عقد منه من الوليين علم بأنه قد تقدم فيها عقد، فإن المسألة فيها قولان أيضاً: المشهور من المذهب أن الزوج الثاني الذي دخل بها أولى لحرمة الفروج والاطلاع عليها. وذهب محمد بن عبد الحكم إلى أنّ الأول أولى، وإن دخل بها الثاني، لكون الأول قد ملك عصمتها بوجه صحيح. وقد حرم الباري تعالى ذوات الأزواج بقوله: ﴿۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[1]، وإذا كانت قد حرم العقد عليها فلا يؤثر ذلك علم العاقد أو جهله في وجوب فسخ عقده، كما لا يؤثر العقد على الرضيعة مع الزوج، علم الزوج بذلك أو جهله، في وجوب فسخ عقده. وقد ذكرنا عن المغيرة أنه ذهب إلى أن المشتري الأول أحق، وإن قبض المشتري الثاني السلعة، لكنه ها هنا وافق الأكثر من أصحابنا على أن الزوج الثاني أحق إذا دخل بها، لعظم حرمة الاطلاع على الفروج وانتشار الحرمة في النكاحات. فصار في مجموع المسألتين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الثاني أولى إذا قبض السلعة أو دخل بالزوجة. وهذا هو المشهور من المذهب.

والثاني: أن الأول أولى وإن دخل الثاني وقبض السلعة. وإليه ذهب **محمد بن عبد الحكم**.

والقول الثالث: التفرقة بين النكاح والبيع فيكون الزوج الثاني أولى بالزوجة إذا دخل بها. ولا يكون المشتري الثاني أحق بالسلعة وإن قبضها وإليه

(1) سورة النساء، الآية: 24.

ذهب **المغيرة**. وقد ذكرنا سبب هذا الاختلاف كله وإسناده إلى افتراق طرق الترجيح بالسبق أو بالقبض وشبهة الضمان.

لكن مقتضى ما نبهنا عليه من التعليل يقتضي أن من وكل على كراء داره، فعقد الوكيل كراءها وعقده مالكها، وقد عُلم الأول من العقدين، ولكن الذي عقد متأخراً سكن الدار فإنه لا يكون أحق بها لأجل هذا القبض، لكون ما يأتي من المنافع التي يطلب المكتري الأول أخذها لم تخلق ولم تقبض، فعادت المسألة إلى كون الأول أولى إذ لم يقبض الثاني. وأيضاً فإن ضمان المنافع من رب الدار. فما ذكرناه في السلعة المقبوضة من كون الضمان من قابضها مرتفع ها هنا. لكن نزل هذا السؤال وأنا حاضر مجلس الشيخ **أبي الحسن المعروف باللخمي**، رحمه الله، فأفتى بكون الساكن أولى وإن تأخر عقده. ورأى سكناه شبهة على ما يقتضيه المشهور من المذهب عنده. وذكر أن بعض أصحابه خالفه في هذا لأجل ما ذكرناه من فقدان الضمان للمنافع بخلاف الأعيان التي تضمن بالقبض مع كون القبض لما سيخلق من المنافع غير حاصل الآن.

وذكر أن الشيخ **أبا القاسم السيوري**، رحمه الله، ورد جوابه بموافقة ما ذهب إليه طرداً لأصل المذهب. ورأى أن سكنى الساكن حيازة وقبض يوجب ترجيح جانبه كما يترجح جانبه بقبض الأعيان.

وهذه المسألة/ في النكاح والبيع قد تسند إلى ما اختلف فيه أهل أصول الفقه من ورود النسخ في الأحكام من الله، سبحانه، هل يتحقق حكمه عند نزوله وإن لم يبلغ المكلف. اقتضى هذا أن تصرف الوكيل وعقوده بعد أن عزل لا تنفذ، وإن لم يعلم بالعزلة، فكذلك يجب ها هنا إذا عقد رب السلعة بيعها، ثم عقد وكيله بيعها من رجل آخر ولم يعلم ما صنعه ربها، فإن عقده مردود، ولو قبض السلعة من عقد منه الوكيل، لكون عقده كلا عقد. فهو قد عزل بعقد ربها عليها وإن لم يعلم الوكيل.

وإن قلنا: إن حكم النسخ لا يتحقق إلا إذا بلغ المكلفَ، فها هنا عقد ربها

عليها لا يوجب عزل الوكيل عن العقد فصار عقده واقعاً، والحكم إنفاذه. فتعود المسألة إلى ما ذكرناه من طلب الترجيح بين المشتري الأول والمشتري الثاني وهذا إذا تقدم عقد رب السلعة.

ولكن التعليل العام لجميع هذه المسائل ما قدمناه من اجتماع الترجيح في جانب واحد، أو افتراقه في الجانبين جميعاً وهما المشتري الأول والمشتري الثاني. فالأول الترجيح بالسبق، والثاني الترجيح بالقبض.

هذا كله إذا علم الأول من المشتريين أو الزوجين. فأما إن لم يعلم السابق منهما في النكاح أو البيع فليس أحدهما بأن يكون أولى من الآخر. فإذا ثبت عدم الترجيح بينهما وأنهما سيان، يجب أن لا يقدم أحدهما على الآخر، كان الحكم قسمة المتنازع فيه بينهما، كمالٍ يتنازع فيه رجلان، ليس هو في يد واحد منهما ولا في يد مالك يدعيه لنفسه، فإن الحكم أن يقسم بينهما. فهكذا يجب ها هنا.

لكن الفرج تستحيل قسمته بين هذين الزوجين فوجب فسخ عقدهما جميعاً.

وأما السلعة فإن قسمتها إذا كانت مما تنقسم يمكن عقلاً وشرعاً، فوجب أن تقسم بين هذين المشتريين، ويكون ذلك كاستحقاق نصف الصفقة. وقد تقدم بيانه في موضعه. وإن كانت لا تقسم كان لكل واحد منهما أن يفسخ العقد عن نفسه بحكم ما طرأ من عيب الشركة. وإن تصور في الظاهر أن هذا العيب كعيب حادث بعد العقد في حق من سبق العقد منه، فإنه يقدر كعيب قديم[1] سبق العقدَ لما كان سبب هذا من مالك السلعة إذ باعها وقد وكل على بيعها.

فإن ردا جميعاً السلعة لأجل ما تحقق فيها من عيب الشركة، وصارت إلى البائع، وكل واحد منهما يزعم أنه هو الأول، فأراد البائع أن يلزم أحدهما جميع السلعة لاعترافه أنه هو الذي يستحقها بحكم العقد السابق، فإن هذا عندي مما

(1) في النسختين: عديم.

للنظر فيه مجال، لأجل أنه كعيب ذهب من السلعة فلم يكن لمشتريها مقال فيه بعد ارتفاعه وذهابه. أو يقدر أنه كعيب ذهب بعد أن حكم بوجوب الرد به. فذهابه لا يمنع من إمضاء حكم ما وقع من الرد. لكن هذا على مقتضى قول من زعم أنه هو الأول، وليس بعيب محقق في ذات السلعة، لاعتقاده أن من نازعه فيها وزعم أنه اشتراها قبله ظالم. فإذا ذهب حكم هذا الظلم بقي العقد لازماً على حسب ما كان. وقد تكلمنا في كتاب الرد بالعيب على أحكام ذهاب العيوب قبل القيام بها مما يعلم منه وجه الحكم ها هنا.

وكذلك لو رد أحدهما بعيب الشركة ولم يرد الآخر، ولكنه يزعم أنه هو الأول والبائع يصدقه في ذلك فإنه لا خفاء بأنه يمكن من السلعة لاعتراف البائع أنه/ يستحقها وأن المشتري الآخر ظالم له في دعواه. لكن لو كان البائع يزعم أن هذا الذي تمسك بنصفها هو المشتري الآخر، وأن الذي رد عليه النصف هو المشتري الأول ومستحقه، فإن هذا يلاحظ ما كنا قدمناه في كتاب بيع الخيار: في مشتر اشترى سلعة بالخيار ومات وورثه ولدان أمضى أحدهما الشراء ورده الآخر. وقد ذُكِر هناك الاستحسان لتمكين من اختار إمضاء الشراء من نصيب أخيه الذي رده على البائع لما كان البائع خرجت عن ملكه، وله مقال في تبعيضها عليه، فإذا زال التبعيض وحصل له جملة الثمن سقط مقاله في التبعيض.

وأما لو صدق البائع أحدهما في أنه هو الأول، فإنه قد اختلف في الزوجة إذا عقد عليها ولياها من رجلين، وقد وكلت كل واحد منهما على العقد، ولم يعلم من عقد منهما أوّلاً، لكن الزوجة اعترفت بأن أحدهما هو الأول. هل يترجح جانبه بذلك أم لا؟ فإن قلنا: لا يؤثر تصديقها لأحدهما في كونه هو الأول مع كون النكاح يجب فسخه فيهما جميعاً، فكذلك ها هنا لا يصدق البائع المالك لسلعة في أن أحدهما هو الأول. وإن قلنا: تصدق الزوجة في النكاح، فإنه قد لا يلزم على هذا أن يصدق في البيع لكون كل واحد من المشتريين قد تعلق له حق بنصف هذه السلعة لوجوب قسمتها بينهما. فلا يُبطل حقه دعوى

البائع أنه هو الأول. وسنتكلم على هذا من تصديق مالك السلعة أو الزوجة في كتاب النكاح إن شاء الله.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

إذا وكل رجل رجلاً على أن يرهن له سلعة دفعها إليه، واختلف الموكل ومن هي في يديه رهناً في مقدار ما رهنت فيه. فإن ذلك يجري على أحكام الرهان في تصديق من هيَ في يديه في مقدار قيمتها، ولا يمكن مالكها من أخذها إلا بعد دفع قيمتها على ما سنبين في كتاب الرهن، إن شاء الله تعالى.

ثم لا يخلو الوكيل الواسطة بينهما من أن يكون صدّق من وكله، أو صدق من ارتهنه، أو خالفهما.

فإن كانت قيمة السلعة عشرة، وزعم من هي في يديه أن الرسول ارتهنه إياها في عشرة، وقال الموكل: لم آمر الرسول إلا بخمسة. فإن المرتهن إذا حلف أنها رهن في عشرة لم يمكن الموكِّل منها إلا بأن يدفع عشرة. وكذلك لو كانت قيمتها أكثر من عشرة ولم يدع من هي في يديه إلا أنها رهن في عشرة فليس على الموكل إلا عشرة التي ادعاها المرتهن. وإن كانت قيمتها أقل من عشرة وهي الخمسة التي ادعاها الموكل صدِّق الموكل في ذلك ودفع خمسة وأخذ الرهن. فإذا عُلم الحكم بين مالك السلعة وبين من هي في يديه رهن عُدْنا إلى الواسطة. فإن صدق المرتهن في أنها رهن في عشرة وكانت قيمتها كذلك، ودفع الموكل عشرة فإنه يستحلف الرسول على أنه أوصل إليه العشرة لتوجه غرامة خمسة عليه زائدة عما أقر به، وهو منكر أن يكون الرسول أوصل إليه أكثر من الخمسة التي أقر بها. لكن لما لم يمكِّنْ من أخذ السلعة إلا بزيادة على ما أقر به توجهت اليمين على الرسول لكونه يزعم أنه أغرمه ما لم يأمره به. وكون الرسول يدعي أنه أوصل، جميع العشرة إليه وهو ينكر وصول جميعها إليه، والمرتهن يقول: إني دفعت جميع/ هذه العشرة إلى الرسول. فتأكد بهذا

استحلاف الرسول. وكان الرسول مصدَّقاً في ذلك مع يمينه، لكون الموكل ائتمنه على ذلك. ولكنه يحلف لإنكار المؤتمن له أنه وفى أمانته.

وكذلك لو صدق الرسول الموكل في أنه لم يأمره إلا بخمسة، وزعم أنه لم يرهنها إلا في خمسة، فإن ذلك لا يوجب أخذها من يد من هي في يديه بأقل من قيمتها، كما لا يصدق مالكها إذا تولى رهنها بنفسه في أنها رهن في دون قيمتها. وحكم يمين الواسطة على ما ذكرناه. وتصديق من هي في يديه، وهي في مقدار قيمتها، إنما ذلك مع يمينه، لأن قيمتها كشاهد بصدقه، ومن أقام شاهداً واحداً فلا بد من يمينه. فإن نكل من هي في يديه عن اليمين حلف الموكل وأخذها، إذا دفع الخمسة التي أقر بها. ثم ينظر في الرسول فإن صدق من هي في يديه أنها في عشرة فإنه يختلف في القضاء عليه للمرتهن بالخمسة التي اعترف أنه قبضها منه وجحده الموكل أن يكون أوصلها إليه، وحلف أنه لم يأمره إلا بخمسة ولم يوصّل إليه إلا الخمسة.

كما اختلف فيمن أتى إلى من عنده وديعة لرجل، فزعم أنه أنفذه ليقبضها له فصدقه المودع ودفعها إليه، ثم أتى المودع لها فأنكر أن يكون بعث لقبضها أحداً، فغرمها المودع، ثم أراد أن يطلب بها من قبضها منه، فقد قيل: لا مطالبة له عليه لكونه قد صدقه في كونه رسولاً لمالكها ولولا ذلك لم يدفعها إليه. وقيل: بل يطالبه بما قبضه منه وكان سبباً في غرامته، لأنه يعتذر بأنه إنما صدقه في ظاهر الأمر لا في باطنه. وإنما صدقه بشرط أن يصدقه مالك الوديعة. فكذلك ها هنا إذا كان المرتهن قد قبل قول الرسول: أن الموكل أمره أن يرهنها في عشرة، وقيمتها خمسة، فحلف للموكل ودفع خمسة وأخذها. فإن الرسول مقرأنه قبض ممن هي في يديه عشرة وأنه أوصلها إلى الموكل. فالخمسة الزائدة على ما أقر به الموكل إنما قبضها الوكيل ممن الرهن في يديه ليوصّلها إلى الموكل. وكأن من بيده الرهن مصدق له أيضاً في أنه لم يكذب على من أنفذه فيجري فيه الخلاف المذكور.

وإن كان الرسول إنما صدق الموكل في أن الرهن في خمسة، فإنه لا يمين لمن في يده الرهن على هذا الرسول، لكون الرسول له أن يرد اليمين الواجبة عليه لمن في يده الرهن. والذي في يده الرهن قد نكل عنه للموكل، فيكون ذلك نكولاً أيضاً في حق الوكيل.

ولو اختلف الثلاثة، فقال من هي في يديه: هي رهن في عشرين. وقال الرسول بل في خمسة عشر. وقال المالك: بل في خمسة. وقيمة السلعة عشرة. فإن مَن هي في يديه يحلف أنها في عشرين، ثم لا يصدق إلاّ في عشرة التي هي قيمة الرهن. وإنما يحلف على العشرين إذا شاء مخافة نكول يوجب تصديقه مع يمينه في العشرين. ثم لا يمكّن الموكل من أخذها إلا بدفع قيمتها التي هي عشرة، ثم يغرم الوكيل خمسة لاعترافه لمن في يديه الرهن أنه قبضها منه، والموكل يزعم أنه لم يوصلها إليه. هذا هو المنصوص في هذه المسألة. ويتخرج في غرامته لهذه الخمسة من الخلاف ما أشرنا إليه.

وإذا كانت قيمة الرهن عشرة، وقال الموكل: هو في خمسة وصدقه الوكيل، ولم يمكن الموكل من أخذها إلا بعد أن يدفع العشرة التي هي قيمتها، فإنه لا مطالبة له على الوكيل، لكونه فرط إذ لم يشهد حتى أوجب على عليه غرامة الخمسة الزائدة على ما/ يطابق عليه الوكيل والموكل.

بخلاف ما تقدم في هذا الكتاب من أن الوكيل إذا أُمِر بأن يبيع سلعة فباعها ودفعها للمشتري فجحد المشتري، إنه ضامن، لكون الوكيل فرط في الدفع بغير إشهاد، لكون هذا، ها هنا، ينسب التفريط فيه أيضاً للموكل، إذ تسلف خمسة وأرهنه فيها ما قيمته عشرة، وهو يعلم أنه شاهد عليه، فصار هو الممكنَ من تصديق من في يديه الرهن وجحوده، فأشبه الوكيل إذا فرط بحضرة الموكل، فإنه لا مطالبة عليه، لكون الموكل لما حضر كالراضي بتفريطه، مع كون ما أسلم إليه من الرهن ليدفعه لغيره قد أقر له من أمر الوكيل أن يدفعه إليه. هذا حكم الاختلاف في الرهن إذا دفعه الواسطة رهناً على الموكل.

وأما لو كان مالكٌ أعارها لرجل ليس في سلف يتسلفه لنفسه، فإن القول

قول المعير في مقدار ما أذن المستعيرَ أن ير هنا[1] فيه لأن المستعير كموهوب له والمعير كواهب. والقول قول الإنسان فيما وهب من ماله.

ولو كانت قيمة الرهن ها هنا عشرة، والمعير يقول: ما أعرتها إلا على أن يرهنها في خمسة. فحلف المعير وأخذها إذا قبض من هي في يديه خمسة، ثم لا يكون قيمتها حجة على المستعير في أنها رهن في عشرة التي هي قيمتها، لكون المعير لما حلف استحق ارتجاعها فخرجت بذلك عن أن تكون رهناً. فصار القول قول المستعير في مقدار ما تسلف عليها لكون المسلف له لا رهن بيده يحتج به، والرهن إنما يكون شاهداً على نفسه على ما سنذكره في كتاب الرهن ونذكر الخلاف فيه، إن شاء الله تعالى.

ومما يلحق باختلاف الوكيل والموكل قول الوكيل: أمرتني أن أبيع لك هذه السلعة. وقال ربها: بل بعتها منك. وقد باع هذه السلعة من زعم أنه وكيل على بيعها، فإن ربها يحلف على أني ما وكّلتك على بيعها، ويحلف من زعم الوكيل على أنه لم يشترها، ويرتجعها ربها إن كانت قائمة، وإن فاتت فقيمتها بدل عينها تؤخذ من مُفِيتها، إلا أن تزيد القيمة على ما يدعيه ربها من الثمن فلا يزاد، لاعترافه أنه لا يستحق أكثر من الثمن الذي يزعم أنه باعها به ممن زعم أنه وكله على بيعها.

وقد عورض هذا بأن هذا الاختلاف تضمن الاتفاق منهما على أن مشتريها من هذا الذي يزعم أنه وكيل على بيعها، وقد عقد منه شراءها بوجه لازم. فإن كان ربها صدق في أنه باعها، فهذا الذي باعها من هذا المشتري التي تؤخذ من يديه، باع منه ما ملك، وما يلزم فيه بيعه على مقتضى دعوى رب السلعة. وإن كان الذي زعم أنه باعها[2] بيع وكالة فلا يسوغ لربها أن ينتزعها من يد من اشتراها من يد وكيله. لكن إنما كان المذهب في هذا ما قدمناه من تمكين ربها من أخذها إذا حلف على صحة دعواه لكونه لم يقر بصحة بيع (هذا الذي زعم أنه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يرهنه.

(2) كذا في الأصل، ولعل الصواب: أنه باعها، باعها بيع وكالة.

وكيل، إلا على أنّ في ذمته ويبيعها على ملكه ويكون للمشتري منه العهدة عليه)[1]. فإذا لم يحصل هذا لرب السلعة، بجحود من زعم أنه اشتراها منه عادت إلى ملكه، كمن ادعى على رجل أنه اشترى منه سلعة فأنكر وحلف، فإن السلعة تعود إلى ربها، ثم ينظر في استباحة ربها التصرف فيها أو بيعها في الثمن الذي جحده من اشتراها منه، على ما تقدم ذكره وبيانه، وقد ذكر في المدونة سؤالاً ليس هو من اختلاف الموكل والوكيل، فرأينا أن نذكره ها هنا أيضاً. وقد قدمنا الأصول التي يؤخذ منها حكمه في كتاب السلم.

وذلك أنه قال في مشتر اشترى من رجل طعاماً فوجد به عيباً فأتى ليرده على بائعه؛ فزعم البائع أنه أمسك من الطعام الذي باعه نصفَه. فقال في الكتاب: القول قول المشتري إذا قال: ما اشتريت إلا نصف حمل، وقال البائع: بعتك حملاً كاملاً. كما لو باع منه سلعة فوجد بها عيباً، فلما ردها بالعيب، قال البائع: قد بعتك معها سلعة أخرى، فلا تستحق قبلي جميع الثمن لأجل ما أمسكت من الصفقة. فصُدق المشتري، ها هنا، لما وجب انتقاض العقد لوجود العيب. وانتقاضه يوجب رد ما قبضه البائع على أنه ثمن المبيع، فيقتضي هذا تصديق المشتري، ويصير البائع مدعياً على المشتري أنه يستحق عليه مما قبضه منه من الثمن ما قابل المقدار الذي أمسكه المشتري وجحده.

وقد كنا قدمنا في كتاب الرد بالعيب أن مذهب **أشهب** وهو اختيار **ابن المواز** ما يشير إلى عكس هذا التعليل، وينقلب الأمر فيه حتى يصير المشتري هو المدعي. وذلك أنه قال فيمن باع من رجل ثوبين وفات أحدهما ووجد بالآخر عيباً، فأتى ليرده ويسترد ما قابله من الثمن، وزعم أنه في القيمة ثلثا الصفقة، وقال البائع: بل هو ثلثها. فصدق **أشهب** البائع فيما زعم، لكون المشتري مقراً بأن ذمته قد استقر فيها جملة الثمن استحقها البائع عليه، ويزعم أنه أسقط عنه بعضها، فلا يصدق فيما يدعي سقوطه عنه. كما لا يصدق من أقر بدين وادعى سقوطه بالقضاء.

---

(1) يتخلل هذا النص بياض في مواقع يصعب معه فهم النص.

وفرق **ابن القاسم** في **المدونة** بين أن يكون البائع قد انتقد الثمن فيصير المشتري مدعياً عليه رد بعض ما انتقد، فلا يؤخذ البائع بأكثر مما أقر به، ولا يلزم أن يرد إلاّ ما اعترف بوجوب رده.

وإن كان البائع لم ينتقد صدق المشتري لكون البائع يحاول تعمير ذمته بما لم يقر به، والأصل براءة ذمته.

وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنه يلزمه أن يقول في مسألة الحمل ونصف حمل مثل ما حكيناه عنه ها هنا في تفرقته إذا اختلفا في الفائت بين أن يكون البائع قد انتقد وبين ألا يكون قد انتقد. وقد كنا نحن ذكرنا في كتاب الرد بالعيب من تعليل الاختلاف ما يعلم منه وجه الحكم في مسألة كتاب الوكالات. وذكر في **المدونة** في كتاب الوكالات أن المشتري لو ادعى ما لا يشبه فإن البائع يصدق في أنه لم يبع منه إلا حملاً كاملاً. لكنه وإن كان الأصل عنده تصديق المشتري لأجل ما اعتللنا به فإنه تصير دعواهُ ما لا يشبه كقيام شاهد بكذبه، فيصير القول قول البائع ها هنا كمدع قام له شاهد. ولكن طرد هذا: أن يمنعه البائع من رد نصف الحمل إذا حلف أنه ما باعه إلا حملاً كاملاً، لأن استحقاق نصف الطعام يوجب لمن استحق من يديه رد ما لم يستحق. وكذلك البائع ها هنا من حقه أن يُمنع من رد نصف ما باع مع استمساك المشتري بالنصف الآخر. لكنه في **المدونة** استحلف المشتري على صحة ما يقول ليمكن من الرد الذي زعم أنه ما اشترى سواه. فجُعل هذا كحكم بين حُكْمين. لأن تصديق البائع يقتضي أن يمنع من رد نصف الحمل إليه، بل يلزم المشتري إذا رد بالعيب أن يرد نصف الحمل الذي جحده. وتصديق المشتري في أنه ما اشترى إلا نصف حمل يوجب أن يرتجع جميع الثمن، لكنه صدق البائع في مقدار ما يرد من الثمن خاصة دون منع المشتري من رد النصف حمل، وإسقاط النصف حمل الآخر. وصُدق المشتري في إسقاط النصف حمل عنه وتمكينه من رد ما زعم أنه جميع صفقته فاستُصحِب حال كون البائع مستحقاً لجملة الثمن، فلا يُرَد منه إلا ما أقر بوجوب رده، واستُصحب براءة ذمة المشتري من غرامة طعام لم يقر أنه

صار إليه من البائع، لكون دعوى ما لا يشبه ها هنا لم يتضمن أكثر من كون الثمن لا يشبه أن يكون ثمناً لنصف حمل، ولكن ما ينضاف إلى هذا النصف حتى تكون جملة الثمن الذي اتفقا عليه بعضه ثمن له لا يدري ما هو نصف حمل آخر أو سلعة أخرى. وهذا كما قيل في كتاب الأكرية من **المدونة**: إذا اختلف رب الدابة ومكريها في المسافة، وادعى ربها ما لا يشبه أن يكون ما اتفقا عليه من الثمن المسافةَ التي أقر بأن العقد وقع عليها، فإن المكتري إنما يصدق في مقدار ما ينوب ما اعترف البائع به من المسافة من جملة الثمن، لا في إلزام رب الدابة إيصاله إلى المسافة التي يدعيها، لكون ما ينضاف إلى المسافة التي يقر بها البائع يمكن أن يكون ما قاله المكتري ويمكن أن تكون سلعة أخرى، ولا يؤخذ رب الدابة بأكثر مما أقر به في ملكه، ولا يصدق المكتري في سقوط ثمن أقر بحصوله عليه وقد ادعى ما لا يشبه فيه.

وقد ألزم من أسلم إليه في طعام واختلف هو ومن أسلم إليه في مقدار الطعام، وادعى المسلم إليه ما يشبه، أن يغرم ما ادعى المسلم إليه، فأخْذه بدعوى من له السلم، وإن كان من عليه السلم يقر أنه باع المقدار الذي ادعاه من له السلم.

وهذا كالمناقض لما قلناه ها هنا في مسألة الحمل ونصف حملٍ في مسألة الأكرية. لكن اعتذر عن هذا بما بسطناه وأشرنا إليه في كتاب السلم.

كتاب بيع الغائب، والغرر

بسم الله الرحمن الرحيم
صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

كتاب بيع الغائب، والغرر

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

المبيعات ثلاثة أنواع:

1 ـ عين حاضرة مرئية.

2 ـ وعين غائبة عن المتعاقدين، فيجوز بيعها على الصفة، ويجب أن تُحصَر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها، وتقلّ الرغبة وتكثر لأجلها. ولا يكتفي بذكر الجنس والنوع فقط. ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن يكون على رؤية متقدمة من وقت لا تتغير في مثله إلى وقت العقد. ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصفة أو على ما يَعرِف من الرؤية[1]. إلا أن يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب.

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين. وفي النصّ نقص تمامه من التلقين في غ والغاني [وله الخيار إن جاءت على دون الصفة. وضمانها من البائع إلا أن يشترطهُ. . .].

1 ـ هل يجوز البيع على صفة المبيع دون مشاهدته؟
2 ـ وهل يجوز البيع على غير صفة ولا رؤية؟
3 ـ وما حكم الضّمان في البيع الّذي لم يشاهد؟
4 ـ وهل يجوز تحويل محلّ الضّمان فيه؟
5 ـ وما حكم اختلافهما فيما وقع العقد عليه من صفات المبيع؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: المبيع على قسمين:

مبيع معيّن مشار إليه في الوجود، ومبيع موصوف في الذمّة.

فأمّا بيع المعيّن المشاهد الّذي/ أحاطته رؤية المتعاقدين فلا خلاف في جواز العقد إذ قارن ذلك الرؤية والمشاهدة. (فإن تقدمت الرؤية والمشاهدة العقد)[1] فلا يخلو أن يكون تقدم ذلك بزمن يعلم فيه تغيّر المبيع في مقتضى العادة أو يشك في ذلك أو يتحقق أنه لا يتغيّر.

فإن كان يتحقق تغيّره وعُقد البيع على لزومه على أي حال وجد حين القبض فلا خفاء بفساد ذلك، لكون المشتري اشترى مبيعاً مجهولاً.

وإن كان يشكّ في ذلك، ولا يدري هل هو وقت العقد على مثل ما تقدّمت المشاهدة له، أو على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان، وعقد البيع على اللّزوم على أيّ صفة كان، فإنّ هذا لا يشك في فساده لكون العقد وقع على مجهول.

وإن كان يعلم أنّه لا يتغيّر في ذاته من حين المشاهدة إلى حين العقد، فالعلماء على جواز ذلك.

لكن **أبا القاسم الأنماطي** من أصحاب **الشافعي** ذهب إلى فساد هذا العقد، ورأى أن مشاهدة المبيع حين العقد شرط في صحته وجوازه.

وهذا مذهب فيه غلوّ وإسراف. وقد ذكر أنّ **أبا سعيد الأصطخري** ناظر رجلاً نصر مذهب **الأنماطي**، فقال له: أرأيت لو شاهد المشتري داراً وأحاط بها

(1) بين القوسين ساقط من (و).

علماً، ثم خرج منها فعقد شراءها وهو قائم على بابها يجب على هذا المذهب أن يكون العقد فاسداً؟ فالتزم له هذا الرجل فساد العقد. فقال له **الأصطخري**: لو كان خاتماً في إصبعه فنقله إلى كفه وأطبق يده عليه، هل يُفسد البيعَ عدمُ الرؤية عند العقد؟ فقال: نعم. فقال له: لو عقد الدّار وهو بوسطها وقد شاهد جميعها؟ فوقف له على التزام ذلك، لأنه لو التزم هذا لم يصحّ بيع دار ولا أرض، ولا يخفى فساد هذا لو التزمه على أحد. وعزا **الأنماطي** في هذا المذهب كون المذهب عندهم اشتراط الشهادة في عقد النكاح، وإذا كانت الشهادة شرطاً في صحة النّكاح فإنّهم يقولون: لا بدّ أن يقارن العقد، وكذلك الرؤية، لمّا كانت شرطاً في صحّة بيع المبيع الحاضر، وجب أيضاً أن يقارن العقد.

وهذا فرع لا يناسب أصله؛ لأنّ القصد باشتراط الشهادة للعقد لأنّه يستحيل تقدّمها له، لأنّها إن وقعت على أنّ العقد وقع فلا يقال: تقدّمت. وإن تقدّمت على أنّه سيفعل فيما بعد ذلك فذلك وعد بالعقد لا عقد. وإن وقعت الشهادة بالعقد بعد العقد فقد مضى زمن لم يحصل فيه المقصود من النكاح، ولا يمكن القدوم عليه وهو آمن من الحدّ، فلهذا اشترطوا مقارنة الشهادة للعقد من ذهب إلى هذا. وأمّا الرّؤية للمبيع فالقصد بها كون المبيع معلوماً، والعلم به يحصل على حالة واحدة سواء قارنت الرّؤية العقد، أو تقدّمته بزمن قريب يعلم قطعاً أنه لو أعاد بصره إليه لم يتغيّر منه شيء عليه.

وأمّا بيع ما ليس بعين يشار إليه، فالتمييز في الوجود ولكنه العقد على موصوف في الذمّة، فهذا هو السّلم. وقد تقدّم في كتاب السلم ذكر الدّليل على جوازه، والعلّة في جوازه أيضاً، ولا خلاف فيه على الجملة، وأشرنا إلى أن الاقتصار به على الصفة ممّا تدعو الضرورة إليه، لأنه لو كان عيناً موجوداً لم يصحّ السّلم فيها، بل يكون العقد على هذه العين المعينة بشرط ضمانها إلى أجل إن هلكت قبله أتى البائع بمثلها. وقد بيّنّا هناك ما في هذا من الفساد، فإذا إستحال هذا الوجه لم يبق بعده إلاّ الاقتصار على موصوف في الذمّة فلهذا أجمع على/ جواز السّلم.

وأمّا بيع عين يشار إليها بالتمييز في الوجود من غير مشاهدة بل يقتصر فيها على الصّفة، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون هذا المبيع سلعة حاضرة بين أيدي المتعاقدين يمكن النظر إليها والإحاطة بها بِالمشاهدة لها جملة وتفصيلاً من غير مشقة تلحق في ذلك، أو لا يمكن ذلك إلا بعد مشقة.

فأما إن أمكن ذلك من غير مشقة لكونه ثوباً مطويًّا بين أيدي المتعاقدين غير مستور بشيء ولا كلفة في نشرِهِ، فإنّ هذا، المعروف من المذهب أنّه لا يجوز العقد فيه على[1]، والعدول عن المشاهدة له على الجملة والتفصيل إلى الاقتصار على الصفة مخاطرة وتغرير وضرر لم تدع حاجة إليه. وقد اشتهر أنّ الخبر ليس كالمعاينة، ونحن نجد من أنفسنا أنّ الشّيء يوصف لنا ويجتهد الواصف له في البيان عنه وعن صفاته، فإذا وقع البصر عليه قصر عمّا تحمّلته النّفسُ منه من الخبر، أو زاد على ذلك. وهٰذا يقتضي كون العدول عن النّظر إلى الخبر غرراً في البيع. وقد رأى بعض أشياخي أنّ المذهب في هذا على قَولين، تعلّقاً منه بما وقع في المستخرجة فيمن قال: أبيعك كذا وكذا ثوباً في صندوقِي هذا. ووصف المبيع لِلمشتري، وسلّمه إليه. فلمّا غاب عليه زعم أنّه لا يوافق الصّفة الّتي سمعها من البائع، أنّ المشتري لا يصدّق في هذا بعد غيبته عليه، والبيع لازم له. وهذا الذي تعلّق به من هذه الرّواية قد لا يسلم له لإمكان أن يكون فَتْح التّابوت وإخراج ما فيه من الثياب وتقليبها واحداً واحداً، ثم ردّها إليه، فيه مشقّة، وربّما غيّر رَوْنق المتاع، فلهذا أجازه ها هنا كما يجيز بيع البرنامج. وكذلك لو كان الثوب المبيع مخبّئاً في وعائه، كساج في جرابه، فإن المذهب فيه على قولين في **كتاب ابن المواّز**. وهذا أيضاً يمكن أن يكون إنّما أجازه في أحد القولين لكون إخراجه من جرابه يفسد رونقه، وقد يشقّ إخراجه وإعادته، فأشبه ذلك بيع البرنامج، فيكون على هذا التأويل مَا لا يشقّ النظر إليه لا يختلف في منع بيعه على الصّفة لكون الصّفة لا تحلّ محلّ العيان، والعدول

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: على [الصفة].

عنها مع القدرة عليها من غير كلفة غرر وجهالة بالمبيع، فأشبه ما نهى عنه النبيّ ﷺ من **بيع الملامسة**[1]. وهو الاقتصار في الثوب المطوي على لمسه خاصّة دون أن يوصف باطنه. ولكن هذا أوضح في الغرر والخطر لعدم الوصف له على التفصيل. وإذا كانت الصّفة لا تحلّ محلّ العيان صار تركها يقتضي العقد على مبيع مجهول، لا سيّما لو كان العقد على جارية فإنّ هذا لاخفاء بأنّ للمشاهدة من الاستحسان أو الاستقباح ما لا يوجد في الخبر أو الصّفة.

وأما إن كان هذا الحاضر مشدوداً في عِدل كما يشدّ التجّار أصْنَاف المتاع في الأعدال العظيمة ويقتصرون في بيع ما[2]، على ما أثبتوه في البرنامج من عدد كل صنف مما اشتمل العدل عليه وصفاته، فإنّ المذهب في هذا على قولين، المعروف منهما والمشهور جواز العقد على ذلك مقتصراً فيه على الصفة دون المشاهدة. وقد أشار **مالك** رضي الله عنه في **الموطّإ** إلى كون هذا متّفقاً عليه عندهم، ولم يزل النّاس يجيزونه عندهم. وهذا لاتّضاح المشقة فيه، وكون العدل إذا حلّ رباطه ووقف على ما فيه ثوباً ثوباً، بعد النّشر لكلّ ثوب، ثمّ يطوى ويعاد جميع ذلك إلى العدل ويشدّ، فإنّ/ هذا تُتكلّف فيه المشقة الشديدة، وقد يفسد رونق المتاع ويهجن منظره. فلهذا كان المعروف من المذهب جواز البيع في هذا. لكن **ابن شعبان** ذكر في **مختصر ما ليس في المختصر** أنّه لا يجوز البيع على البرنامج ولا سلعة غائبة على مسيرة يوم، وكأنّه رأى أنّ المشاهدة والرّؤية في هذا ممكنة ولا تبلغ المشقّة فيه إلى إباحة ركوب الغرر والاقتصار على الخبر دون المشاهدة والنظر. وكذلك قدّر في مبيع على مسافة يوم من مكان المتعاقدين إن إحضار ذلك لا يشقّ مع قرب هذه المسافة (يوم) ولا تبلغ المشقة فيه إلى العفو عن هذا الغرر الذي هو الاقتصار على الخبر دون المشاهدة والنّظر.

---

(1) متفق عليه. الهداية: 7/246.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويقتصرون في بيعها.

وأمّا بيع عين غائبة على مسافة مفرطة في البعد جدًّا حتى يكون العقد على تلك العين التي في أقطار بعيدة لا يكاد أن يحصل منها وتعرف حقيقتها فإن[1] لا يجوز.

وأمّا ما قصر عن ذلك وارتفع عن القرب القريب الذي ذكره **ابن شعبان** فإن عندنا جواز البيع على الصفة. ويجب أن تذكر الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض فيها والأثمان باختلافها، لأنّ ذكره ما سوى هذا من الأوصاف لا يرفع الغرر، لأنّ المشتري يجوز أن يكون ما لم يوصف له من أوصافها جيّداً ويجوز أن يكون رديأ، والعقد على التزام ذلك على أيّ حال كان من هذا غرر وخطر، فإذا استوفى ذكر الأوصاف التي تختلف الأغراض فيها فقد اجتهد في رفع الغرر، لكن هذا وإن بالغ فيه فإنّ للمشاهدة زيادة في الاستحسان والاستقباح وتقوية الأغراض وضعفها، على ما علم من جهة الوصف والخبر. لكن لأجل هذا التقصير الذي وقع عن المعاينة اختلف **النّاس في هذا البيع** هل يجوز أم لا؟ فذهب **الشّافعي** في أحد قوليه إلى منع جوازه. وذهب **أبو حنيفة** إلى جوازه ونَفَى لزومه، وجعل المشتري الذي إنّما علم حقيقة المبيع من الوصف له الخيار إذا رآه.

وأنت قد علمت أنّ للبيع أوصافاً وأحكاماً، فمن أوصافه الجواز والمنع، ومن أحكامه اللّزوم والانعقاد والخيار، فسلبه **الشافعي** ها هنا في أحد قوليه الجواز والصحّة. ولا شكّ أنّ ما انتفى عنه الصحّة والجواز انتفى عنه اللّزوم. فالوصفان جميعاً قد سلبا عنه عند **الشافعي** في أحد قوليه. وذهب **مالك** إلى ثبوت الوصفين جميعاً لهذا البيع وهما الصحّة والجواز واللّزوم، فإذا عقد هذا البيع ووجد المبيع على الصفة المشترطة لزم المشتريَ البيعُ.

وذهب **أبو حنيفة** إلى نفي أحد الوصفين عنه، وهو اللّزوم والانعقاد، وأثبت الصحّة والجواز، وجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وقد عقد على الصفة، ووجد المبيع على الصفة المشترطة. لكنّ **أبا حنيفة** توسّع في هذا، وذهب إلى أنّه يجوز العقد في هذا على الجملة وإن لم يذكر الجنس والنّوع، بشرط أن يشار

---

(1) هكذا ف ي النسختين. ولعل الصواب: فإنه.

في حال الانعقاد للبيع إلى عين متميّزة بالمكان، مثل أن يقول: بعتك ما في صندوقي أو ما في يدي، أو ثوباً (أي جزني)[1] بالبصرة، أو ما في دار[2] ببغداد، فإن هذا يجوز عنده ويكون للمشترَي إذا اطلع عليه ورآه الخيار في التزام هذا البيع أورده. بخلاف أن يقول: بعتك ثوباً، ولا يشير إلى مكان يدلّ على التعيين والتمييز، فإن هذا يلحق بالسّلم في غير شيء موصوف، فيفسد. ولهذا جاز بيع ثوب من أحد ثلاثة أثواب على خيار المشتري لأحدها لما أضيف هذا التخيير إلى تعيين، ولو/ كانت أثواب أربعة لم يجز ذلك، وإن حصل فيه ما صوّره من التّعيين، لأنّ البيع لثوب من ثلاثة غرر، والقياس منعه، لكن يستحسن جوازهُ لقلّة الغرر. وكما أنّ الأصل عنده منعه بيع الخيار على الجملة لما فيه من غرر، ولكنّه أجيز منه خيار ثلاثة. أيام لخفّة الغرر فيها، ومنع اشتراط أربعة أيام لشدّة الغرر فيها. وأيضاً فإنّ الثلاثة من العدد تشتمل على الثلاثة من الأوصاف الّتي لا دافع لها، وهي كون الشّيء، جيداً أو دَنِيئاً أو وسطاً. وهكذا كل جنس من أجناس المبيعات له طرفان وواسطة. فالثلاثة أثواب قد تشتمل على الثلاثة أوصاف من غير تكرير، وما زاد على هذا من العدد قد تكرّر فيه بعض هذه الأوصاف فيشتدّ الغرر، فلهذا أجاز بيع غائب أشير إليه بالتمييز على الجملة الدّالة على كونه عيناً موجودة، بخلاف ما لا يشير إليه بذلك بل يشار إليه بكونه سلماً في الذمّة.

وعلى هذا الأسلوب اختلف أصحاب **الشافعي** أيضاً على قولين بناء على أحد قولي **الشافعي** في جواز بيع الغائب هل يكون خيار الرّؤية ثابتاً للمشترَي خاصّة والعقد في حقّه موقوف على اختياره ولازم للبائع أو يجوز أن يكون خيار الرّؤية لهما جميعاً مثل أن يكون البائع ورث سلعة لم يرها فباعها على الصّفة ثم رآها هو والمشتري بعد العقد. قال بعضهم: يكون الخيار للبائع في إمضاء البيع إذا رأى المبيع كما يكون ذلك للمشتري. وقال بعضهم: لا يجوز عقد هذا البيع

(1) كذا بالأصل، ولعل الصواب: عندي.
(2) كذا بالأصل، ولعل الصواب: داري.

لكثرة الغرر فيه. وكأن البائع وصف ما لم يره، وإنّما وصف عن وصف آخرَ له. وهذا يقتضي كثرة الغرر في هذا البيع ففسد العقد فيه. بخلاف أن يكون الخيار للمشتري خاصّة دون البائع، جرياً ممّن قال بهذا على ما قدّمناه من اعتبار خفّة الغرر وثقله وشدّته.

فأنت ترى نكتة هذه المذاهب وهي الالتفات إلى كون المعاينة للشيء والمشاهدة تفيد فيه زيادة على ما يستفاد من الخبر عنه، وهذا لا يكاد يختلف فيه على الجملة في أجناس من المبيعات.

فإذا علم أنّ المبيع من شرطه أن يكون معلوماً، وكونه مجهولاً يؤثر فيه فساداً فهل هذا التقصير عن بلوغ الكمال في العلم به يلحقه بالمجهول بالكلية فيفسد البيع، كما قاله **الشافعي** في أحد قوليه، ويسلبه[1] اللّزوم دون الصحّة كما قال **أبو حنيفة**، أو لا يبلغ هذا التقصير عن الكمال في العلم به إلى إلحاقه بالمبيع المجهول فيصحّ البيع ويلزمه كما قال **مالك** رضي الله عنه، فهذا سرّ هذه المذاهب الثلاثة. وقد كشفنا عن ذلك وإنّما يبقى بعد ذلك النظر في استدلالات من قياس أو أثر يقتضي صحّة مذهب دون مذهب.

فأمّا الظواهر فإنّه يتعلّق من يجيز البيعْ بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2]. وهذا بيع يقتضى عموم الآية جوازَه. وقد ذكر ابن **سحنون** في ردّه على **الشافعي** أنّ ما ورد في الحديث المذكور فيه بيع الملامسة من نهيه عليه السّلام عن بيع السّلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها، يقتضى دليل الخطاب فيه أنهم إذا أخبروا عنها لم يُنْهَ عن عقد البيع فيها. وأيضاً فإن **عثمان بن عفّان** رضي الله عنه **وعبد الرّحمٰن بن عوف** تبايعا فرساً غائبة، وكذلك تبايع **عثمان وطلحة** رضي الله/ عنهما أرضاً غائبة، فقيل لعثمان إنّك غبنت. فقال: لا أبالي، لأن لي الخيار. وحكم بينهما **جبير بن مطعم**، ولم ينكر أحد من الصحابة عليهم هذه البيوع.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: أو.

(2) سورة البقرة، الآية: 275.

وأيضاً فإنّ الأمّة أجمعت على جواز السّلم، والذي يسلم فيه غير مرئي وإنّما هو موصوف، فلولا أنّ الوصف للشيء يحلّ محلّ عيانه ما جاز السّلم فيه. ولهذا لم يجز السّلم فيما لا تضبطه الصفة. ولو كانت الرّؤية شرطاً في صحّة العقود على المبيعات لم يجز النّكاح إلاّ بعد رؤية الزّوجة، وقد قال عليه السّلام: **لا تصف المرأة المرأة لزوجها كأنّه يشاهدها**[1]. فأشار إلى كون الوصف يحلّ محلّ المعاينة. وإذا كانت المعاينة تُبيح العقد فكذلك ما أحلّه صاحب الشّرع محلّها. هذه نكت من صار إلى جواز بيع الغائب على الصفة.

وأمّا من منع منه فإنه يتعلّق بأنّه ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[2]. والاقتصار على الوصف دون المشاهدة غرر. وينفصل الآخرون عن هذا بأنّهم لا يسلمون كونه غرراً وإذا لم يسلّموه لم يلزم إثبات كونه غرراً، ولا يثبت ذلك مع ما قدّمناه من الأحاديث الدّالة على كون الخبر يحلّ محلّ المعاينة. واحتجّوا بأنّه ﷺ «نهى عن بيع ما ليس عندك»[3] والسّلعة الغائبة ليست عند بائعها. فاقتضى هذا الحديث منع العقد عليها. ويجيب الآخرون عن هذا بأنّ المراد ما ليس في ملكك ليس ما هو في ملكك غائب عنك، ألا تَرى أنّ ما لا تملكه لا يجوز بيعك فيه، ولو كان عندك. ودليل الحديث أنّ ما عندك يباع سواء كان ملكك أو ملك غيرك. والنّكتة التي يعول عليها عندهم في فساد العقد الاتّفاق على أنّ من شرط المبيع أن يكون معلوماً وطريق العلم ها هنا في المبيعات الرؤية لا الخبر، لأن خبر الواحد إنّما يفيد ظنًّا. ولو فرض ها هنا أخبار متواترة عن الوصف لم يحصل العلم بحقيقة المبيع الذي يحصل عن الرؤية. وكون المبيع عليها لم يتغيّر، ولو كان عليها حين العقد لأمكن أن يتلف العين بعد العقد وقبل القبض. وهذا الإمكان يرفع العلم وإذا ارتفع العلم صار المبيع مجهولاً وهذه النكتة قد فرغنا نحن من الجواب عليها فيما مضى. وينفصل عن

(1) فيض القدير 6/ 385 حد. 9723.

(2) الموطأ: 2/ 124. حد 1941.

(3) البغوي: شرح السنة: 8/ 140. حد: 2110.

القياس على السّلم بإنّ البيع في السّلم في الذمّة ليس بمعين ولو عقد الأمر فيه على التعيين لفسد، لأنّ السّلم في الاعيان لا يصحّ، فلم يبق طريق إلى هذا المبيع يتوصّل إليه إلاّ الوصف. وأمّا النكاح فإنّه لا يشترط فيه الصفة كما لا تشترط الرؤية فلا يصح إلحاقه بالمبيعات الّتي لا تصحّ إلاّ بالرؤية أو الصّفة. وعلى هذا الأسلوب يجري بيع الأعمى وشراؤه فإنّه إن عمي بعد أن كان أبصر أجناس المبيع وصفاته حتى يتخيّله بالوصف كما يتخيّله بالبصر فإن عقده جائز. وإن كان خلق أعمى فإنّ أبا **جعفر الأبهري** منع عقده في المبيعات لكونه لا يتخيّل الموصوفة يحل[1] الوصف. وأجازه القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** تقريراً منه أنّ الوصف قد يتصوّر فيه الموصوف على الصّفات الّتي يرغب التجّار فيها ويزهدون فيها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أمّا خيار الرؤيّة فلا يخلو من قسمين إمّا أن يثبت حكماً أو يثبت شرطاً.

فأمّا إثباته حكماً فلا شكّ في أنّ المبيع إذا وجد مخالفاً للصفة الّتي وقع العقد عليها فإنّه غير لازم للمشتري، وله ردّه على البائع، كما يردّ المبيع بعيب اطّلع عليه لم يبيَّن له حين/ العقد، لكونه خلاف ما دخل عليه. وأمّا إن وجد المبيع الغائب مطابقاً للصّفة التي وصف بها فإنّه لا خيار للمشتري لأنّ الوصف يحلّ محلّ المعاينة، كما وصفنا، وإذا لم يكن له خيار بعد أن عاين فلا خيار له إذا أخبر ووَجد المخبرَ عنه على ما هو عليه ممّا تضمّنه.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّ للمشتري خيار الرّؤية، كما قدّمناه عنه، لأجل أنّ الوصف يقصُر عن العيان فلا بدّ لهذا التّقصير من تأثير. ففقد العين المبيعة يؤثّر منع العقد على البيع، والتقصير في الوصف يفيد نفي اللّزوم، لأنّ الوصف تابع للعين، فإذا أفاد فقدُ الأصل منعَ العقد وجب أن يكون فوت بعض الوصف وهو ما قصر عن العيان يعيد نفي اللّزوم، حتى يكون التّابع أفاد نفي اللزوم، والمتبوع

---

(1) بياض بالنسختين، ويصح الكلام: بمجرد.

أفاد نفي العقد. وتعلّقوا في هذا بما رواه **أبو هريرة** من أنّ النبيّ ﷺ قال: «مَن ابتاع شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[1] وهذا نصّ فيما قلناه. لكنّ **الدارقطني** طعن في بعض رواة هذا الحديث. وقال: إنّه كان وضّاعاً للحديث.

وقد اتفق على مطالبة المشتري بحكم العيب إذا اطَّلَع عليه، ومعنى اطلاعه على العيب أنّه علم فوت وصف من البيع فكان الخيار له.

وكذلك يكون له الخيار إذا فاته الوصف الذي بين المعاينة والخَبْر، ولا يؤثّر الاطلاع على العيب فساداً في العقد لفوت هذا الوصف، فاقتضى هذا أنّ بيع الغائب لا يفسد، كما لا يفسد عقد البيع إذا اطّلع في المبيع على عيب فات المشتريَ حين العقد العلمُ به. وإنّما يثبت له الخيار. فهكذا يكون حكم الغائب. ورأيت بعض أصحاب **الشافعي** حرّر قياساً يمنع فيه من المناقضة بثبوت الخيار عند الاطّلاع على العيب: بأنّ المبيع ثبت فيه خيار جملة النّقص، ولا يثبت في كل مبيع. وتحرز بهذا التقييد من أن يناقض بثبوت الخيار من جهة الاطلاع على العيب، وتحرّز بقوله: لا يكون في كل مبيغ، من المناقضة بخيار المجلس، فإنّ المتعاقدين بالخيار ولو طال مجلسهما، وأمر افتراقهما غير محدود بطول أو قصر، ومع هذا فإنّ الخيار قد ثبت فيه لكل واحد من المتعاقدين، ولم يمنع من ذلك جهالة الأمر فيه، بخلاف خيار الرّؤية في بيع الغائب فإنّه خيار إلى أمد مجهول وإلى أمد طويل، والجهالة بأمر الخيار وطول زمانه تفسد العقد، فلو ثبت خيار الرؤية في بيع الغائب لوجب فساد العقد لطول أمد الخيار، والجهالة بمقداره.

ولمّا ردوا على أبي حنيفة مذهبه بأنّ ثبوت خيار الرؤية يجب أن يُفسد العقد، ناقضهم أصحابه بما أثبتوه من خيار المجلس. فاعتذر بعضهم بهذا الذي أشار إليه في تقييد قياسه: أنّ خيار المجلس يثبت في كل مبيع، وخيار الرّؤية في بيع الغائب لا يثبت في كل مبيع.

وانفصل بعض أصحاب **الشافعي** بانفصال آخر وهو إن خيار المجلس

---

(1) السنن الكبرى للبيهقي: 5/268.

عندهم لو رضي من له الخيار بإسقاطه لسقط. والخيار الذي أثبته الشّرع في بيع الغائب لو أسقطه المشتري والتزم البيع من غير خيار قبل أن يراه لم يصح رضاه، فاقتضى هذا كون إثبات خيار الرّؤية يفسد العقد لما كان لا قدرة للمتعاقدين على إسقاطه والتزام العقد في الحال، وبخلاف خيار المجلس/ . وأمّا العقد على المبيع الغائب من غير رؤية تقدّمت ولا وصف له لكنه اشترط فيه خيار الرّؤية، فإنّ المعروف من المذهب عندنا جواز هذا العقد على حسب ما ذكره في **المدوّنة**. وذهب **ابن القصّار** والقاضي **أبو محمد** إلى منع هذا العقد، وأنكره أيضاً **أبو بكر الأبهري**. وقال: إنه خلاف الأصول. تقديراً من هؤلاء الذّاهبين إلى هذا أنّ أمر الخيار مجهول، والجهالة تقتضي فساد العقد، على حسب ما قدّمناه وبيّنّا ما قيل فيه من المناقضة والعذر عنها.

والجواب عن السّؤال الثالث أن يقال:

اختلف المذهب في ضمان المبيع الغائب إذا كان العقد صادفه سالماً ثم هلك بعد العقد أو فسد. فعن **مالك** في ذلك ثلاث روايات:

إحداها أنّ ضمانه من مشتريه في سائر أجناس المبيعات.

والثانية، التي رجع إليها، أنّ ضمانه من بائعه وهو اختيار **ابن القاسم** لكن هذه الرّواية ذكرها **ابن الموّاز** على الاطلاق ولو كان المبيع عقّاراً. وذكرها في **المدوّنة** وهي على التقييد، بأن لا يكون المبيع عقّاراً.

وذكر **ابن القاسم** أنّه لم يختلف قول **مالك** وأصحابه في كون العقّار ضمانه من المشتري. وهكذا ذكر **ابن حبيب** أنّه لم يختلف قول **مالك** وأصحابه في كون العقار ضمانه من المشتري. لكن **ابن الموّاز** ذكر عنه كون الدّار الغائبة ضمانها من البائع. وألحق **ابن حبيب** بالعقار **ما** قربت غيبته من حيوان أو عرض أو طعام، ورآه في ضمان المشتري كالعقار.

فتلخص من هذا أربعة أقوال: كون الضمان من البائع على الإطلاق، أو على المشتري على الإطلاق، أو كون العقار من المشتري، وما سواه من البائع ولو كان قريب الغيبة. أو كون العقار من المشتري وما سواه من المشتري أيضاً

بشرط أن يكون قريب الغيبة.

والنكتة المعتبرة في هذا أنّه قد تقرّر كون المكيل والموزون ضمانه من بائعه لمّا كان غير معلوم مبلغُ المبيع إلاّ بالكيل والوزن، وكون البائع عليه توفية المبيع، فإذا لم يوفه لم يستحقّ العوض. وكون العروض الّتي يمكن منها مشتريها ضمانها من مشتريها لكون البائع قد فعل ما عليه من التّوفية، وهو التّمكين منها.

واضطراب المذهب فيما ليس فيه توفية بكيل ولا وزن ولا عدد وهلك عقيب العقد قبل أن يمضي زمن يمكن فيه تسليم ذلك لمشتريه. هل يكون ضمان ذلك من بائعه أو من مشتريه، على قولين.

ومن ذلك أيضاً المكيال[1] ثم يتلف في يد بائعه قبل مضي زمن يمكن فيه تسليمه لمشتريه. فتارة قدّر أنّ فائدة البيع انتقال الأملاك وتمكين كلّ واحد من المتعاقدين من البدل. فإذا لم يحصل ذلك فكأنّ حقيقة البيع لم تحصل فكان الضمان من البائع. وتارة قدّروا أنّ البيع ينعقد بالقول وينتقل الملك به، والضّمان تابع للملك فوجب أن يكون من المشتري. وقد احتجّ القاضي **أبو محمد عبد الوهّاب**، رضي الله عنه، في غير كتابه هذا لهذا القول بأنه قال عليه السّلام: «الخراج بالضمان»[2] والخراج بالعقد للمشتري دون اعتبار ذهاب قدر التّسليم. وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد في الخراج، وأشار إلى الاتفاق عليه. كان بعض أشياخي يرى أن ذلك يجري على الاختلاف الذي وقع في الضّمان. فمن رأى أنّ الضّمان/ من البائع جعل الغلّة له. وهكذا يرى في المحتبسة بالثّمن. والذي يؤكّد طريقة شيخنا هذا قوله في **المدوّنة** لما ذكر الخلاف في ضمان الغائب فقال: النّماء والنّقص على القولين. فأنت تراه أثبت الخلاف في النّماء، والخراج نماء. فهذا يحقّق ما قاله شيخنا ومقتضاه أنّ المبيع الغائب إذا بيع على صفة فتبدّل إلى ما هو أعلى وأرفع، أن يكون للبائع الخيار في فسخ البيع لأجل الزيادة الحادثة في المبيع بعد العقد على القول أنّ الضّمان منه، كما يكون

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المكيل.

(2) فيض القدير: 5/503. حد: 4130.

بإحضار ثمنها، فعدوله عن ذلك لا يسقط الضمان عنه، والمبيع الغائب يستحيل في العادة قبضه بفور العقد، فصار تعذّر التّسليم متيقّناً بخلاف المبيع المحتبس.

وإذا تقرّر الاختلاف في الضمان فإنّه أجاز في **المدوّنة** أن يشترطه من هو، في الحكم عليه، على الآخر، وما ذلك إلاّ لكون محلّ الضّمان اختلف فيه قول مالك لكون الأدلّة فيه تكاد تتعارض فلمّا أشكل الأمر استخف نقل الضمان من محلّه إلى محلّ آخر/ قد قيل: إنّه هو الأصل في الحكم فيه، بخلاف نقل الضّمان من محلّ إلى محلّ آخر اتّفق على أنّه ليس بمحلّ الضمان.

وقد قيل: إنّ المذهب على قولين في اشتراط الضّمان على المشتري، على القول بأنّ الحكم كونه على البائع، لأجل ما وقع **لمالك** فيمن باع طعاماً واشترط على المشتري ضمانه إن أدركته الصفقة، أن ذلك لا يجوز، مثل من باع زرعاً وهو قائم قد استحصد ويبس، لكون البائع عليه توفية المبيع، ولا يمكن توفية الغائب بفور العقد، فصار كمن اشترط في بيع الثمار ألاّ جائحة فيها، أو باع عبداً قد أخبره على أنّ ضمانه من مشتريه بنفس العقد، مع كون مشتريه لا يمكنه تصرفه فيه. وما قدّمنا نحن من العذر يمنع من هذا التّعليل لكون محلّ الضمان مختلفاً فيه، ولم يشترط الضمان في أصل العقد، ولكنّه بدّل محلّه بعد عقد البيع، فإن المذهب على قولين في هذا هل يجوز أم لا؟ فقيل: ذلك جائز، بناءً على أنّ ما بعد العقود يقدر كأنّ العقد وقع عليها في أصله. كمن اشترى نخلاً وفيها ثمرٌ لم يره، ثم بعد العقد اشترى الثمرة، أو اشترى عبداً ثم أراد مشتريه أن يستثني ماله بعد العقد فإنّ هذا مختلف فيه وإن كان يقال تبدل محلّ الضّمان بعد العقد في بيع الغائب أشدّ من هذا، لكون الثّمر يلحق بالنّخل فيملك المشتري الجميع عقداً بعد عقد فكأنه ملك ذلك بعقد واحد. ومال العبد يلحق بملك العبد لا بملك المشتري لكن قد أجاز في كتاب **ابن حبيب** وفي **الموّازية** أيضاً أن يدفع البائع إلى مشتري الجارية عوضاً ليبرئه من كل عيب بها لم يعلم به البائع. كما يجوز اشتراط البراءة من ذلك في أصل العقد من كون هذه معاوضة مجرّدة على أمر مجهول كما أن تبدّل محلّ الضّمان في بيع الغائب معاوضة على

ضمان مجرّد وذلك غرر محض.

وقد اعتذر عن ما جرى بين **عثمان وعبد الرّحمان بن عوف رضي الله عنهما**[1] من كون **عثمان** رضي الله عنه اشترط على **عبد الرحمٰن** ضمان الفرس الغائبة ثم عاد **عبد الرحمٰن** رضي الله فقال **لعثمان** رضي الله هل لك في أن أزيدك أربعة آلاف درهم وتجعل الضمان منك. وهذه معاوضة على تبديل محلّ الضمان فقيل: إنهما لم يعقدا البيع، وإنّما متساومين[2]، وأشير أيضاً إلى كونهما تعاقدا البيع ونقلا الضّمان من محلّه لأنهما ذهبا إلى جواز ذلك على ما قدّمناه من أحد القولين. وقد قيل: إن ظاهر هذا الخبر يقتضى اعتقادهما كون ضمان المبيع الغائب من بائعه لأجل احتياج **عثمان** رضي الله عنه إلى اشتراطه على **عبد الرحمٰن** رضي الله عنه. ولو كان الحكم يقتضي كونه من **عبد الرحمٰن** الذي هو المشتري لم يفتقر **عثمان** إلى اشتراط ذلك عليه.

والذي قدّمناه من اختلاف المذاهب على أربعة أقوال في ضمان الغائب يشير بعض أشياخي فيه إلى قصر هذا الخلاف على كون المشتري صدق فيما وصفه من حال المبيع. وأمّا إن لم يصدّقه وعقد البيع على الوقف على الاختبار فإنّه يتضح كون الضّمان من البائع. وهذا فيه نظر عندي، ولا فائدة لاعتبار التصديق ها هنا، أو التوقف في صحّة الخبر لأنّ العقد مشترط فيه كون المبيع موجوداً حين العقد، وكونه موجوداً حين العقد ممّا لا/ يعلمه المتعاقدان، ولا يصح فيه تصديق ولا تكذيب. ثم مع هذا إذا ثبت أنّه موجود حين العقد لزم العقد، واختلف في الضمان على حسب ما قدّمناه. فكذلك وقف العقد على كون الصفات مطابقة لقول الواصف. فإنّه إذا ظهر كونها مطابقة لوصف الواصف لزم البيع عندنا، ولم يكن للمشتري خيار في جله[3] فالضّمان يحسن فيه الخلاف على الإطلاق ولكن يجب قصر الخلاف على مبيع غائب ليس فيه

(1) الأثر رواه البيهقي. انظر السنن الكبرى: 5/267.

(2) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: متساومان.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حله.

حق توفية بكيل أو وزن، لأنّ ما يجب فيه تمييز للمبيع وتمييز مبلغ بكيل أو وزن لا يختلف في كون الضمان فيه على البائع حتى يكال أو يوزن، ولو كان المبيع حاضراً. فإذا كان المبيع غائباً فذلك آكد في كون الضمان من البائع. ولهذا قال **مالك** رضي الله عنه: لا يجوز اشتراط الصفة في مبيع غائب على كيل أو وزن. وهذا الذي قاله أوضح لما قدّمناه لأنّ المكيل والموزون لم يختلف في كون ضمانه من بائعه قبل أن يكال أو يوزن. فإذا اشترط البائع على المشتري ضمانه قبل أن يكال أو يوزن، فقد اشترط شرطاً لم يختلف في كونه خلاف الحكم فلهذا لم يصحّ الشّرط. لكن لو كانت التّوفية بعدد مثل أن يبيع داراً غائبة مذارعة، أو حائطاً فيه نخل على عدد النّخل، فإنّ **مالكاً** رضي الله عنه جعل الضمان من البائع، وأجرى العدد مجرى الكيل والوزن. لكن **ابن حبيب** حكى عن **مطرف وابن الماجشون** أن ضمان ذلك من المشتري قال: ولو ذهبت الدّار والنّخل لقِيس ما بقي على ما هو عليه ولزم المشتري. واحتجّ بقول **مالك** فيمن باع زرعاً كل حِمل بكذا فإنّه يكون ضمانه من المشتري وتقاس الأرض ليعلم مبلغ الثمن. وهكذا ذكر **ابن الموّاز**، واعتلّ بأنّ المشتري ممكّن من حصاده قبل أن تقاس. واحتج **ابن حبيب** أيضاً بأنّ من باع زيتاً بظروفه وزناً فإنّ الضّمان من المشتري. ويحطّ مقدار الظروف من الثّمن. وأصل المذهب يقتضي صحّة ما قاله **مالك** من كون الضمان على البائع. ولعل **ابن حبيب** أراد أن ذكر الأذرع والعدد زيادة في بيان الصفات لاشتراط التوفية به. وأشار في **الموّازية** إلى كون المشتري قادراً على حصاده والتصرّف فيه قبل أن تقاس يقتضي اعتبار التّمكين. وإذا لم يمكن المشتري من ذلك لم يضمنه المشتري.

وممّا يجري على هذا الأسلوب ما ذكره في **المدوّنة** من أنّ المبيع الغائب لا يجوز أن يشترط لقبضه أجلاً. قال **ابن الموّاز** لأنّ ذلك اشتراط ضمان سلعة بعينها وذلك لا يحل. وإنّما يعقد على أن يتوجه المشتري لقبضه قرُب أو بعُد، تعجّل أو تأخّر، وهذا أيضاً من نحو ما كنّا فيه من اشتراط ضمان ما الحكم أن لا يضمن. ومن هذا الأسلوب أيضاً ما وقع في **الموّازية** من منع العقد على سلعة

غائبة على أن يوصلها البائع إلى بلد العقد أو بلد غيره، لكون قبضها ونقلها ليس بواجب على البائع، وإنّما عليه التّمكين. فإذا قبضها البائع ونقلها بأمر المشتري صارت يده كيَد المشتري فكأنّ العقد وقع بشرط ضمان البائع لمَا قبضه المشتري، وهذا لا يجوز إلاّ أن يكون ضمانهما ساقطاً عن البائع في مسافة نقلها وإنّما اشترط عليه/ حملها فيكون ذلك كبيع وإجارة فيجوز على المشهور من المذهب في جواز اشتمال عقد واحد على بيع وإجارة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

إذا اختلف المتبايعان في سلعة غائبة، من وجودها حين العقد، أو قِدَم عيب ظهر بها، فإن اختلافهما في كونها موجودة حين العقد أو معدومة ذكر في **المدوّنة** أنّ على البائع إثبات كونها موجودة حين العقد، وأن هذا هو الحكم على القولين جميعاً في كون ضمان المبيع الغائب، إذا كان موجوداً حين العقد، من البائع أو من المشتري.

ولا تتصوّر فائدة الخلاف ها هنا إلاّ على القول أنّ ضمان الغائب من المشتري. وأمّا على القول بأنّ ضمانه من البائع حتى يصادفه المشتري حين القبض فلا ثمرة لاختلافهما إذا خرج المشتري إليه فلم يجده. وإنما يكون للخلاف ثمرة على القول أنّ الضّمان من المشتري فيزعم البائع أنّ هلاك المبيع كان بعد العقد فيضمّنه المشتري، ويزعم المشتري أنّه لم يكن موجوداً حين العقد فيكون الثّمن غير لازم له، لكون البيع لم ينعقد. فإنّما أشار بقوله: على القولين جميعاً، احتياط أن يظنّ ظانّ أن هذا يكون له ثمرة على كل واحد من قولي **مالك** في ضمان السلعة الغائبة.

وهذا الذي ذكره من إثبات كونه موجوداً حين العقد مبني على إحدى الطريقتين في استصحاب الحال اللاّحقة أو السّابقة. فإذا كانت السّلعة الغائبة حين حاول المشتري قبضها لمّا خرج إليها، فكأنّها لم تزل معدومة استصحاباً لهذا الحال الحاصل الآن، فيكون على البائع إثبات كونها عند العقد موجودة، لا سيّما أنّ المشتري لا يتحقّق كون البيع منعقداً، لأنّ من شرطه أن يصادف

مبيعاً موجوداً، ووجوده لم يتحقق. لكن إذا قلنا باستصحاب الحال السّابقة، وهي كونه موجوداً عند البائع قبل انعقاد البيع، فاستصحاب هذه الحال يقتضي كون إثبات عدم السلعة حين العقد على المشتري.

وقد اختلف في المسألة المذكورة في **المدوّنة**، في كتاب الردّ بالعيب، وهي اختلاف البائع لعبد تبرّأ من إباقه فأبق في الثلاثة أيام، ثم وجد بعدها ميتاً، فزعم البائع أنّه كان حيّاً أيام العهدة، وأنّه إنّما مات بعدها، ليكون ضمانه من المشتري، وزعم المشتري أنه مات في عهدة الثلاث ليكون ضمانه من البائع. فالقولان من هذه المسألة مبنيان على استصحاب الحال الموجودة الآن. فتكون البيّنة على البائع أنّه لم يمت إلاّ بعد أيّام العهدة، أو يستصحب حال كونه حين البيع حيّاً، فيكون على المشتري إثبات كونه[1] في أيّام العهدة.

وقد ذكر **ابن القاسم** في اختلاف البائع لعبد على الخيار فوجد ميتاً بعد أيّام، فزعم البائع أنّه مات بعد انقضائها ليكون في ضمان المشتري حين الموت، وزعم المشتري أنّه إنما مات في أيّام الخيار، ليكون في ضمان البائع. فذكر **ابن القاسم** أنّ القول قول البائع. وهذا بناء منه على استصحاب الحال السّابقة، وهي كون العبد حيًّا حين انعقاد البيع. بخلاف ما بني عليه الأمر في **المدوّنة**، في مسألة بيع الغائب، وهذا يشعرك بحصول الاختلاف في هذه المسائل التي بنيت على هذا الأصل.

فأمّا/ اختلاف المتبايعين لسلعة غائبة في عيب اطّلع عليه المشتري حين القبض فزعم أنّه كان بالسّلعة قبل العقد عليها، ليردّ به على البائع ما اشتراه. وزعم البائع أنّه إنّما حدث بعد العقد. فإنّه في **المدوّنة** لما سئل عن هذا أضرب عنه، وذكر حكم اختلافهما في كون السّلعة معدومة حين العقد. ولكن **ابن حبيب** ذكر ها هنا أنّ هذا العيب يحمل على أنّه حادث بعد العقد حتى يثبت أنّه سابق العقد. وأشار بعض أشياخيّ إلى أنّ هذا مخالف لمذهب **المدوّنة** إذ لا

---

(1) أي: مات.

فرق بين اختلافهما في كون جملة السّلعة موجودة حين العقد أو معدومة، أو اختلافهما في هذا النقص، الذي هو العيب، هل كان هذا الجزء موجوداً حين العقد أو مفقوداً؟ وذكر ابن حبيب أنّ هذا مذهب ابن القاسم في حمله على الحدوث، كما يحمل عيب اطّلع عليه في سلعة حاضرة اشتريت، واختلف فيها البائع والمشتري: وهل[1] هو حادث أو قديم؟ فإنّه يحمل على كونه حادثاً عند المشتري، إذا شكّ فيه، لكون المشتري مقرًّا بانعقاد البيع يدّعي ثبوت ما يحلّه فلا يصدّق.

وكذلك اختلافهما في العيب المطلع عليه في السّلعة الغائبة.

وأشار بعض المتأخّرين إلى أنّ **ابن القاسم** فرّق بين اختلافهما في ذهاب جملة السّلعة حين العقد وذهاب جزء منها: ولم يشر إلى الفرق.

وعندي أنّ الفرق بينهما أنّ اختلافهما في كون السّلعة الغائبة موجودة حين العقد أو معدومة، اختلاف في كون هذا البيع انعقد وحصلت حقيقته، أو لم ينعقد أصلاً، إذ العدم لا يعقد عليه، والأصل عدم العقد، فَصُدِّق المشتري فيه.

وإذا كانت السّلعة موجودة حين العقد، وإنّما اختلفا في حصول جزء منها حين العقد أو عدمه، وقد اتفقا على أنّ ها هنا عقد ومعقود عليه، ويدّعي المشتري ما يحله بدعواه أنّ العيب كان قديماً قبل العقد، فلا يصدق، كما لا يصدّق في العيوب المشكوك فيها.

وممّا ينخرط في هذا السلك ما ذُكِر من الخلاف فيمن اشترى سلعة على رؤية تقدّمت، فلّما حاول قبضها زعم أنّها تغيّرت عمّا كان رآها عليه، وزعم البائع أنّها لم تتغيّر، وشكّ في صدق كل واحد منهما. فإنّ مذهب **مالك** رضي الله عنه أنّ القَول قول البائع. وإليه مال **ابن القاسم** لأجل أنّ البيع منعقد والمشتري يدّعي حلّه، والعين موجودة وهي الّتي وقع عليها العقد، فلا يصدق المشتري في حلّ عقده عليها. وذهب **أشهب** إلى أنّ القول قول المشتري في أنّها تغيّرت عليه، إذا لم يقرّ إلاّ بشراء سلعة على صفة معلومة عنده، فلا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الأوْلى حذف الواو.

وعلى هذا جرى الأمر في الاختلاف المذكور في **المدوّنة** فيمن اشترى جارية بها ورم، فلمّا رآها زعم أنّ الورم زاد، وزعم البائع أنّه لم يزد، فإنّ مذهب **أشهب** أنّ القول قول المشتري بناء على أنّه لا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به. ومذهب **ابن القاسم** أنّ القول قول البائع لكون المشتري مقرًّا بعقد يدّعي حلّه.

واختلاف **ابن القاسم وأشهب** في هذا الأصل في تبعيض مثل هذا الإقرار/ مشهور في مسائل كثيرة.

ولو اختلف المتعاقدان لسلعة غائبة لمّا حضرت: هل هي مطابقة للصّفة التي عقد البيع عليها، أو مقصّرة عن ذلك؟ مثل أن يقول البائع: بعتك أمّة غائبة على أنها عوراء، فيقول المشتري: بل على أنها بصيرة، فإنّ القول قول المشتري لأنّه لم يعترف بالعقد على هذه السّلعة التي حضرت بعد مغيبها، بل صار كأنّه إنّما أقرّ بشراء سلعة غيرها فلا يؤخذ بغير ما أقرّ به على حسب ما قدّمناه في كتاب السّلم في حكم اختلاف المتبايعين.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: ويجوز النقد فيه من غير شرط. فإن كان بشرط فسد العقد، إلاّ في المأمون كالعقار ونحو ذلك.

وبيع[1] الأعدال على البرنامج جائز إذا بيّن ما تضمنه برنامجه فإن وافق الصفة لزم.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل ستة أسئلة، أن يقال:

1 ـ هل يجب النّقد في بيع الغائب؟

2 ـ وهل يجوز اشتراطه؟

3 ـ وهل يجوز التأجيل فيه؟

4 ـ وهل تجوز الإقالة في بيع الغائب؟

5 ـ وهل يجوز التطوّع بالنّقد؟

---

(1) في غ سقطت الواو، وفي الغاني أُبدلت كافاً ـ كبيع ـ.

6 ـ وما حكم بيع البرنامج؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

أما وجوب النقد في السّلعة الغائبة، من غير اشتراط نقد الثمن أو وقفه، فإنّه لا يخلو ذلك من قسمين:

أحدهما أن يكون المبيع الغائب ممّا يجوز اشتراط النقد فيه ويؤمن هلاكه، أو يكون ممّا لا يؤمن عليه الهلاك. فإن كان ممّا يؤمّن عليه الهلاك، كالدّيار والعقار، فقد اختلف الأشياخ في وجوب القضاء على مشتريها بنقد الثمن. فذهب الشيخ **أبو بكر ابن عبد الرحمٰن** إلى أنّه يجب على المشتري نقد ثمنها، كما يجب ذلك عليه في شراء سلعة حاضرة. لأجل أنّ ضمان العقار من المشتري من غير اختلاف، على ما ذكره في **المدوّنة**، وذكره **ابن حبيب** على حسب ما قدّمناه ونبّهنا على وجود الخلاف فيه عن مالك رضي الله عنه في **كتاب ابن الموّاز**. وإذا كان المشتري يضمن المبيع من العقار الغائب بالعقد، فوجب عليه النّقد وصار العقار لكونه مأموناً هلاكه كالسّلعة التي قضي على مشتريها بدفع ثمنها.

وذهب الشيخ **أبو عمران** إلى أنّ نقد الثمن لا يجب، إلاّ أن يشترط في العقد عليها، لكون مشتريها غير متمكّن من قبضها وهي بيد بائعها كالرّهن لكونه أولى بها إذا أفلس مشتريها أو مات. وقَدّر أنّ إمكان التّمكين من السّلعة الحاضرة حاصل، وإمكان التّمكين من السّلعة الغائبة حين العقد لا يصحّ ولا يمكن. وهذا الذي قاله الشّيخ **أبو عمران** قد يشعر به ما قاله **ابن حبيب** في الرّباع الغائبة إذا بيعَت أنّه لم يختلف **مالك** وأصحابه في كون ضمانها من المشتري. قال: وذلك يجوز بشرطَ النّقد فيها. وكذلك ما قربت غيبته من العروض التي يجوز شرط النّقد فيها. فقوله: تلك يجوز شرط النقد فيها ظاهره أنّه لا يجب النّقد، إذ لو كان واجباً لاستغنى عن ذكرهٔ. وأمّا إشارته إلى أنّه لا يختلف في العروض والحيوان القريب الغيبة أنّ ضمانه من مشتريه، كالعقار، فإنّه خلاف ما

أشار إليه **ابن القاسم** في **المدوّنة** من أنّ الخلاف في ضمان العروض والحيوان والطعام حاصل سواء قربت غيبته[1] ذلك أو بعدت.

ولأجل ما أشار **ابن القاسم**/ من كون الخلاف في العروض القريبة الغيبة هل يضمنها مشتريها بالعقد أم لا؟ اتّفق الشيخان **أبو بكر** و**أبو عمران** على أنّه لا يجب النّقد فيها لأجل الخلاف في ضمانها، كما لا يجب النّقد في العروض البعيدة الغيبة، بغير خلاف، ولو كان الشيخ **أبو بكر** يرى رأي **ابن حبيب** في كون الضّمان فيها من المشتري لا يختلف فيه، لأوجب النّقد فيه كما أوجبه في العقار.

وأمّا ما بعدت غيبته ممّا سوى العقار فلم يختلف في أنّ النّقد لا يجب فيها لأنّ **ابن حبيب** وغيره يسلّم أن تلك اختلف قوله فيها اختلافاً مشهوراً عنه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما اشتراط النّقد في بيع الغائب في العقار فإنّه جائز على ما قدّمناه من أنّ **مالكاً** لم يختلف قوله في ذلك.

وأمّا ما بعدت غيبته ممّا سوى العقار فإنّه لم يختلف أيضاً في منع اشتراط النّقد فيه لأجل كونه غير مأمون عليه الهلاك، فإذا شرط النّقد في العقد فقد تعرّض المتعاقدان إلى سلف جرّ منفعة، لأنّ المبيع الغائب إن سلم حتى يقبضه مشتريه كان الثّمن المنقود عوضه. وإن كان لم يسلم وجب ردّ الثّمن على دافعه، فصار كأنّه أسلفه لقابضه ينتفع به حيناً ثم يردّه. وقد تقدّم بيان المنع من عقد يكون الثمن فيه تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ولو كان ثمن الغائب ثوباً أو داراً ما جاز اشتراط انتقاده، وإن كان معروف العين يرد بعينه إذا بطل العقد بهلاك الغائب، ولا يتصوّر فيه السّلف، لما أشار إليه **مالك** رضي الله عنه من أنّ الثّوب يلبسه الذي انتقده ويبيعه، وكذلك الدّار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غيبة.

يسكنها فإذا انفسخ العقد بهلاك السّلعة الغائبة ذهبت هذه المنفعة بغير عوض، وقد كان دفعها على حكم المعاوضة، فصار ذلك مخاطرة وغرراً.

لكن إذا كان الذي مَنعَنا شرطَ النّقد في حكم التّبـع لغيره فإنّه قد أجيز شرط النّقد فيه. كبستان بيع وفيه حيوان فإنّ اشتراط النّقد يجوز فيه، لكون الحيوان تبعاً له ومن مصلحته. كما قيل: إن فيه الشفعة، ولو انفرد لم تكن فيه شفعة.

وأما إن كانت العروض والحيوان والطّعام قريب الغيبة، فإن اشتراط النّقد فيه جائز. لكن اضطرب المذهب في حدّ القرب في هذا الذي يجوز معه اشتراط النّقد. فذهب **ابن القاسم وأشهب** إلى أن ما كان من العروض والطعام والحيوان على مسافة يومين فإن اشترط النقد فيه جائز. روي عن **مالك** رضي الله عنه في الحيوان أنّه لا يجوز اشتراط النّقد فيه، قرب أو بعد، قولاً مطلقاً في ذكر القرب. وروي أيضاً عنه في الطّعام والحيوان أن القرب البريد والبريدان. وهذا كلّه دائماً المعتبر فيه الأمن من هلاك الغائب أو التخوّف منه. ولهذا أشار **مالك** رضي الله عنه في الطّعام بأنْ قال: يسرق ويصيبه المطر فيفسد، فينبغي على مقتضى الذي أشار إليه أن تعتبر قرائن الأحوال في كلّ صنف من هذا حتى يتحقق الأمن أو يشتدّ الخطر والخوف من هلاك المبيع.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

يجوز أن يكون ثمن السّلعة الغائبة المبيعة سلعة معيّنة، ليس بدين مستقرّ في الذمّة. فهي في هذا كالحاضرة المبيعة لكن ذكر في كتاب/ كراء الدّور من **المدوّنة** أنّ التأجيل إنّما يجوز بشرط أن تكون مسافة الغائب لا يحلّ أجل الثّمن قبلها، وأنّه إذا حلّ قبل قبض المشتري له ووصوله إليه وجب[1] نقد ما حلّ أجله صار ذلك كاشتراط نقد في الغائب، وذلك لا يجوز.

ومقتضى هذا التعليل أنّهما لو اشترطا في هذا الأجل القصير أنّ الأجل إذا حلّ يوقف الثمن حتى تقبض السّلعة الغائبة لجاز ذلك. والتأجيل في ثمن السّلعة

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب ووجب.

الغائبة جائز، على حسب ما قلناه، دنانير كان أو غيرها، من مكيل أو موزون أو عرض موصوف في الذمّة. ولا يتصوّر فيه أنّ هذا الثمن إذا كان عرضاً في الذمّة إلى أجل صار رأس المال فيه السّلعة الغائبة الّتي تأخّر قبضها، وتأخير رأس مال السلم لا يجوز، لأنّ السّلعة الغائبة لمّا كانت معينة ليست بدين في الذمّة، ولا يقدر على تعجيلها، لم يتهّم العاقدان على أنّهما أخذا عوضاً عن ضمان، كما يتصوّر ذلك فيمن باع سلعة معيّنة بشرط ألاّ يقبضها المشتري إلاّ إلى أمد بعيد، لأنّ قبض هذه بفور العقد يجوز ويسوّغه الشّرع، فعدولهما عن تعجيل ما يقْدِران على تعجيله ويسوّغ الشّرع تعجيله، قصدٌ إلى التزام البائع ضمان السّلعة إلى أجل بزيادة زادها في الثّمن، وذلك لا يجوز كما قدّمناه في مواضعه. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اكترى داراً سنة بسلعة غائبة أنّ ذلك جائز، على ما قلنا، لكون السّلعة الغائبة معينة والمنافع كثمن لها مؤجّل، فلا يمنع من ذلك. لكن اختلف المتأخرون في مبتدإ هذه السّنة هل يحسب ذلك من يوم العقد لِهذا البيع، أو من يوم القبض للسّلعة الغائبة؟ فمن ذهب إلى أنّه يحسب من يوم العقد أعطى اللّفظ حقّه وأجراه مجرى كراء الدّار بسلعة حاضرة سنة كاملة، فإنه يكون مبتدأ السّنة من وقت العقد، فكذلك هذا. لكنّهما يفترقان من جهة أخرى فإنّه منع في **المدوّنة** في هذه السّلعة أن يشترط الشروع في السكن حين العقد، لأنّ اشتراطه ذلك اشتراط النقد عن سلعة غائبة، وقد قدّمنا أنّ ذلك لا يجوز، فيعتبر مقدار المسافة عند هؤلاء، فإن كانت شهراً وقف مكتري الدّار عن سكناها شهراً، انتظاراً لقبض السّلعة، فكان ذلك ساقطاً من العقد، وكأنه إنّما اكترى الدّار أحد عشر شهراً، وعبر عن ذلك سنة لمّا كان ربّ الدّار ممنوعاً من سكناها سنة كاملة، فاستسهل في ذلك العبارة عن كون الدّار اكتريت سنة كاملة.

فإن عاق عائق عن قبض السّلعة الغائبة بعد ذهاب أمد المسافة الّتي يصل بها إلى قبض السّلعة صار ذلك كاستحقاق طرأ أو انهدام فيكون الزائد على قدر المسافة خارجاً عمّا دخلا عليه، فيجري على حكم الاستحقاق فيرجع مكتري الدّار بالسّلعة الغائبة شريكاً في عينها بمقدار هذه الزيادة على أمَد المسافة، أو

يرجع بذلك قيمة على حسب الاختلاف في حكم استحقاق بعض الدّار أو انهدامها.

ومنهم من ذهب إلى أنّ مبدأ هذه السنة من حين القبض، وقدّر أن القبض لمّا لم يتيقّنا وقته، لجواز عائق يمنع من الوصول إليه، صار تعليق هذا العقد بما قبل القبض فيه مخاطرة وغرر، ولا سبيل إلى صرف العقد إلى وجه من الغرر مع القدرة على العدول عنه من غير مشقّة.

وينفصل هؤلاء عمّا يتعلّق به هؤلاء من قول **ابن القاسم** في **العتبيّة** فيمن اشترى سلعة غائبة بثمن إلى سنة: إنّه لا يجوز/ أن يجعل المتعاقدان مبدأ السّنة يوم قبض السّلعة الغائبة. كمن تزوّج بمائة دينار نقداً ومائة إلى سنة مبدأها بعد البناء، فأشار إلى أن تعليق العقد بزمن قبض السّلعة لا يجوز، لمّا لم يكن زمن القبض معلوماً ولا زمن البناء بالزّوجة.

وقد أشار الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** إلى تعقّب هذه المسألة، وقال: فيها نظر، لأنهم أجازوا أن يتزوّجها بدنانير تحلّ بالبناء، لمّا كان البناء بحكم الزّوْجة، ولها أن تدعو الزّوج إلى الدّخول متى شاءت. وذلك يصير هذا الأمر على الحلول، لما كان موقوفاً على اختيار المرأة، وأنّها متى شاءت دعت الزّوج إلى البناء بها.

وينفصل الآخرون عن هذا بأنّ الأجل في بيع السّلعة الغائبة إذا جعل من يوم العقد لا يغيّر حكم المبيع ولا يسقط منه شيئاً، وها هنا يسقط من السكنى ما لا يعلم حقيقته ومقداره يقيناً، فيصير ذلك غرراً في العقد.

والجواب عن السؤال الرّابع: أن يقال:

قد قدّمنا تنازع الأشياخ في وجوب النّقد في العقار وحكم اشتراطه في العقد. فإن لم يشترط المتعاقدان تعجيله ولا تأجيله وقف على يد أمين حتى يجب قبضه بقبض السّلعة الغائبة. فإن ضاع في خلال الوقف فهو ممّن يقضى له به. فإن سلِمت السّلعة الغائبة حتى قبضها مشتريها أشعر ذلك بأنّ الثّمن كان

موقوفاً لبائعها وكانت مصيبته منه. وإن كانت السّلعة تالفةً حين العقد أشعر ذلك بأنّه لا بيع بينهما، وكان الثمن وقف لصاحبه فمصيبته منه. وإنّما وقف الثّمن لئلا يدّعي المشتري ضياع ما اشترى به، إن كان عرضاً، أو عجز عن أدائه، إن كان عيناً. ومقتضى هذا التعليل أنّه لا يوقف إذا كان عيناً وكان موسراً.

وإذا قضي بوقف الثّمن ووصل المشتري للسّلعة الغائبة إليها وطلب قبضها، فإنه لا يمنع منه انتظاراً لقبض البائع لهذا الثمن الموقوف، لأنّه قد كشف الغيب أنّه له وقف ومصيبته منه بعد الوقف، فلا وجه لمنع مشتري السّلعة الغائبة من قبضها مع كونه بريء من ثمنها. ولو لم يوقف الثمن لكان من حق بائع السّلعة الغائبة أن يمنع من قبضها حتى يبرأ المشتري من الثمن. وإذا منع من اشتراط النّقد وأراد المشتري للسّلعة الغائبة أن يتطوّع بتعجيله لبائعها منه فإن ذلك جائز وإن انفسخ البيع، لكون السّلعة حين العقد كانت موجودة، أو حدث ما يوجب فسخ البيع، على القول أن ضمانها على البائع، فإنّ الذي تطوّع المشتري بتعجيله ونقده يجري مجرى القرض والسّلف. والقرض إنما يرجع بمثله، وإن كان عرضاً، بخلاف أن يشتري سلعة حاضرة بعرض فبطل البيع فإن الرّجوع إنّما يكون بقيمة العرض إذا منع مانع من الرّجوع لفواته وتغيّره، على ما عرف بأحكام الاستحقاق، لأنّه ها هنا مستحقٌّ قبضه بالحكم، والمدفوع هو نفس الثمن، بخلاف ما تطوّع بتعجيله منْ عرض هو ثمن لسلعة غائبة فإن تعجيله قبل وجوب دفعه وأدائه وتمكين مشتريه منه يصيره قرضاً، والقرض يرجع فيه بالمثل، وإن[1] كان عرضاً غير مكيل ولا موزون. وأمّا المكيل والموزون فيستوي الحكم فيه ها هنا إذا كان ثمناً لسلعة حاضرة أو لسلعة غائبة تطوّع بتعجيله، فإنّ البيع إذا انفسخ رجع مثل المكيل والموزون.

/ ولو اشترط المتبايعان أنّ هذا العرض الذي تطوّع بتعجيله يرجع بقيمته إذا انفسخ البيع لمُنِع ذلك، لأنه كبيع سلعة بقيمتها. وهو الذي أشار إليه ها هنا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

من كون ثمن السّلعة الغائبة إذا عجل كان قرضاً هو الجاري على ما كنّا قدّمناه في بيوع الآجال من كون الدّين المعجّل قبل أجله يُعدّ سلفاً من معجّله على حسب ما ذكرناه في مسألة الفرس والحمار المذكورة في **المدوّنة**. وذكرنا الاختلاف في هذا الأصل في المذهب، وأنّه قد قيل: لا يعد التعجيل سلفاً لما نبّهنا عليه ممّا يؤدّي هذا المذهب إليه.

والجواب عن السّؤال الخامس أن يقال:

من اشترى سلعة غائبة فإنّه يجوز له أن يبيعها بمثل ما اشتراها به أو بخلافه. ولكن يجري من اشترى منه حكمه هو في منع اشتراط النّقد إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اكترى داراًبثوب في بيته وصفه، ثم أراد شراءه ممّن اشتراه منه، وهو في يديه، ثم تَصيَّر إلى من باعه منه، أنّ ذلك جائز إذا علم أنّ هذا الثوب موجود حين الصفقة الثانية. وقد تضمّن هذا السؤال جواز بيع السّلعة الحاضرة على الصّفة، إذا كانت بالبلد الذي به المتعاقدان. وقد ذكرنا فيما تقدّم الاختلاف في هذا.

وممّا يسئل عنه ها هنا أن يقال، لم اشترط في هذا الجواب العلم بكون الثوب موجوداً حين الصفقة الثانية؟ وقد أجاب عن هذا بعض المتأخرين بأنّه إذا علم موجوداً حين الصفقة الثانية تيقّناً أنّه ثمن للمنافع الّتي اشتراها بهذا الثّوب. فإذا وقع في المنافع ما يوجب الاستحقاق لبعضها كان الرّجوع في الثّوب لأنّ ما وقع بعده صفقة ثانية لا تعلّق لها بالأولى. وإذا لم يعلم ذلك صار الثمن للمنافع مجهولاً لا يعلم هل هو ثوب أو قيمة إنْ لم يكن موجوداً حين الصفقة الثانية ولزم بائعه قيمته. وقد بسط بعضهم هذا فقال: إنّ بائع هذا الثوب على الصّفة بمنافع دار، لو ادّعى ضياعه لم يقبل ذلك منه إلاّ بعد يمينه على ضياعه، فإن نكل عن هذه اليمين كان مشتري هذا الثوب منه مخيّراً بين أن يفسخ هذا العقد لكون بائع الثوب كالمانع من تسليمه ويغرّمه قيمته، فقد صار عامله في هذه المعاملة الثانية ولا يدري هل ينكل فيكون مخيّراً بين فسخ البيع أو غرامة

القيمة، فيقتضي هذا غرراً في البيع.

وأمّا جواز الإقالة في بيع سلعة غائبة فإنّه اختلف فيها على قولين. فذكر في **المدوّنة** أنّ ذلك لا يجوز. وقدّر أن الثمن دين في ذمّة المشتري للسّلعة الغائبة. فرفع عنه السّلعة الغائبة لما أقال فيها، وأخذ سلعة غائبة عن دين يمنعه **ابن القاسم**، ويجيزه **أشهب**. فمضى **ابن القاسم** على أصله في منع الإقالة ها هنا، للعلّة التي نبّهنا عليها. وأجازها **أشهب ويحيى بن عمر**. واختلف طريقتهما فبنى **أشهب** الجواز على أصله في أخذ سلعة عن دين. وأشار **يحيى بن عمر** أنّ هذا ليس كأخذ سلعة غائبة عن دين وأن الذمّة ها هنا تبْرَأ.

وإذا قلنا: إنّ الإقالة حلّ للعقد من أصله وضح ما أشار إليه **يحيى**. وإن قلنا: إنها ابتداء بيع حسن إجراء الخلاف فيها على ما نبّهناك عليه من مذهب **أشهب وابن القاسم**.

وقد اختلف أيضاً في مذهب **ابن القاسم** ها هنا هل هو مبني على قولي **مالك** جميعاً في/ ضمان الغائب هل هو من البائع أو من المشتري أو إنّما بني على القول بأنّ ضمان السّلعة الغائبة من مشتريها؟ فذهب **ابن الموّاز** إلى أنّ ذلك مستمرّ على قولي **مالك** جميعاً في ضمان الغائب. وذهب **سحنون** إلى أنّ هذا إنّما يستمرّ على أحد قولي **مالك** في ضمان السّلعة الغائبة من مشتريها، لأنا إذا قلنا: إنّ ضمانها من مشتريها اتّضح كون الدّين مستقرًّا في ذمته. وإذا صار مستقرًّا في ذمته منع من أن يأخذ عنه سلعة غائبة. وإذا قلنا: إن ضمان السّلعة الغائبة من بائعها حتى يقبضها مشتريها سالمة لم يتّضح كون الثّمن استقرّ في الذمّة لما يجوز من الطوارىء على السّلعة الغائبة الموجبة لحل العقد. فأمّا كونها موجودة حين العقد فهما معتقدان الوجود، والمشتري مصدّق في ذلك فكأنّهما دخلا على أن الثمن مقدّر في الذمّة لكن ما يطرأ عليها أمر مجوّز لا أمان لهما منه، فحسن الالتفات فيه إلى حكم الضمان. وقدّر **ابن الموّاز** أنّ الأصل وجود السّلعة واستصحاب سلامتها يجب، فيقدّر ها هنا أنّ الثّمن مستقرّ في ذمّة

المشتري لا يمنع من كونه في حكم المستقرّ في الذمّة ما يجوّز ها هنا ممّا هو خلاف مقتضى استصحاب الحال. وقد انتصر **سحنون** بأنّ الجارية إذا بيعت على المواضعة، وتقايل فيها المتبايعان، فإن ذلك جائز، لكون الأمة لا استبراء فيها على مشتريها بل ترجع إلى يد بائعها في الحال، فلم يأخذ عن دين إلا سلعة قبضت في الحال، فلم يمنع ذلك. لكنّهما لو تقايلا عن زيادة زادها البائع أو زادها المشتري لوجب وقف الزيادة حتى تعلم سلامة هذه الأمة من الحمل، لئلا يظهر بها حمل يوجب ردّها على بائعها فيكون (بياض)[1] والزيادة قد انتفع به، ثم وجب ردّه فيصير تارة ثمناً وتارة سلفاً. وهذا يقتضي الالتفات إلى تَجويز ما يطرأ على العقد ممّا يوجب حله.

وقد تأوّل **يحيى** مسألة الإقالة من الأمة الّتي في المواضعة بزيادة، على أنّ بائعها قد وطئها فيجب ردّ البيع على كل حال لكونها قد ظهر أنّها أمّ ولد، وأمّ الولد لا تباع. وإذا وجب ردّها صار انتقاد الزيادة تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ورأى بعض الأشياخ أنّ الرّواية تحمل على الإطلاق ولا يفترق الحكم بين أن يكون بائعها وطئها أم لم يطأها، لجواز أن يكون وطئها غيره فيظهر بها حمل فيكون لمشتريها الردّ به، كعيب اطّلع عليه لم يعلم به حين العقد.

وهذا الذي ذكره بعض الأشياخ قد ينفصل عنه **يحيى** بأنّ الحمل إذا كان من السيّد وجب ردّها شرعاً، وإن اختار المشتري التمسّك بها، وإذا كان الحمل من غير السيّد جاز للمشتري التمسّك بها وإذا تمسّك بها لم يجب عليه ردّ الزيادة شرعاً، فلا يقدر ها هنا كون هذا البيع قد انكشف أنّ الثّمن فيه تارة سلفٌ وتَارة بيعٌ.

وقد تردّد بعض الأشياخ في هذه المسألة إذا حدث عيب في المواضعة بعد أن تقايلا على زيادة، هل لبائع الجارية أولا أن يردّ بهذا العيب الحادث في المواضعة ليبطل هذه الزّيادة؟ لكونه إنّما زاد في سلعة سالمة من العيوب أو

---

(1) بياض بالنسختين مقدار كلمة.

يسقط في ذلك لكون العيب الحادث في المواضعة وضمانه منه وإذا كان ضمانه منه سقط/ مقاله ها هنا في هذا العيب لكونه لم يحدث في ضمان المشتري الذي ردّ عليه هذه الأمة.

والجواب عن السّؤال السادس أن يقال:

قد قدّمنا تقسيم ما يباع على الصّفة دون المشاهدة واشتمل التّقسيم على بيع ما في الأعدال من ثياب على البرنامج. وذكرنا أنّ المشهور من المذهب جواز ذلك. وقد قال **مالك** في موطئه: إنه من عمل الناس. وحكى **ابن شعبان** في مختصره أن هذا البيع لا يجوز. وأشرنا، فيما تقدّم، إلى النّكتة الّتي تعتبر في هذا من الضرورة الدّاعية إلى العدول عن المشاهدة إلى الصّفة، مع كون المشاهدة أبلغ في الإحاطة بالمبيع. فينظر هل في حلّ الإعدال ونشر ما فيها، ثم ردّه إليها، شدّة كلفة ومشقة تبيح الاقتصار على الصّفة دون المشاهدة أم لا؟

وإذا تقرّر حكم جواز هذا البيع على المشهور من المذهب، فإنّ المشتري إذا انصرف بالعدل مشدوداً وفتحه مُخْلِياً، فزعم أنّ وجوده[1] دون ما عدّد البائع في برنامجه، أو على غير الصفة، فأنكر ذلك البائع. فإنّ القول قول البائع، إذا أخذه على تصديق البائع فيما وصفه به، مع يمينه، لكون المشتري قبضه على تصديق البائع في صفة ما سلّمه إليه. كمن دفع دنانير، هي دين عليه لمستحقها، فقبضها منه على تصديقه في وزنها وطيبها، فإنّ القول قول دافعها. فإن ثبت أنّه وجد نقصاً من عدد الثياب الذي ذكر البائع عددها، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ ذلك كطعام يشترى على مبلغ من الكيل فيوجد دون ذلك. ومراده بهذا التشبيه على المعروف من مذهبه أنّ الرّجوع يكون بمقدار النّقص في الثياب، على النّسبة العددية لا على التّقويم، كالطّعام، فإنه إذا استحقّ منه مكيلة وجب للمشتري الرّجوع بها في الثمن الذي دفع، فإنّما يقضى في ذلك بالنسبة العددية، كاستحقاق عشرة من مائة في الطّعام يرجع بعشر الثّمن. ولو كانت مائة ثوب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: «وجده».

فاستحقّ منها عشرة لرجع بقيمة العشرة المستحقّة، كانت أكثر من عشر الثمن أو أقلّ. وهذا لأنّ الطّعام متشابه الأجزاء فالذاهب منه كالباقي، والعدد فيه والتقويم يجريان مجرى واحداً. والثياب إذا اشتراها المشتري وهي معينة فاستحق منها عشرة، فإنّ العشرة المستحقة مشاهدة، والمشاهد يقوم بما يتصوّر من اختلاف قيم الثياب وإن تقاربت. وإذا باع العدل على عدد موصوف، فانتقص منه شيء، فإنّ الذي انتقص غير مشاهد، وما لم يشاهد لا يقوم، مع كونه إنّما عقد البيع فيه على أنّه على صفة ما بقي. فالعدد هو المعتبر لكون الذّاهب والباقي ها هنا من الثياب المبيعة على البرنامج لِتشابه الأجْزاء مثل الطعام. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الردّ بالعيب أن **أشهب** ذكر في مشتري عشر شياه فوجد منها تسعة غير ذكيّة، أنّ الواحدة الباقية تلزمه، وإن كان جلّ الصفقة قد استحق عليه. وأنه قد قيل في ثوبين اشتريا لا يباع أحدهما مرابحة على الفضّ والتقويم، لكون الجملة يزاد في ثمنها. وكأن هذا على النّقض ممّا قال **أشهب**. وإنّما المعتبر فيه قصد التجّار إلى الزّيادة في الثّمن لأجل الجملة، حتى يعلم منه أنّ ما استحقّ من الجملة يبخس عندهم ثمن الباقي أوْ لا يبخس. ولهذا كان المشهور أنّ الطّعام إذا استحقّ منه النّصف فإنّ للمشتري ردّ القيمة، لكون/ التجّار يؤثر عندهم استحقاق النّصف، بخلاف استحقاق نصف الثياب فإنّه لا يؤثّر عندهم. فيجب صرف هذه التّفرقة الّتي ذكروها. وتحديد قدر المستحقّ إلى ما عند التجّار في هذا هل يؤثّر عندهم ذلك في الرّغبة في الصّفقة أو لا يؤثّر؟ هذا حكم النّقص في بيع البرنامج.

وأمّا حكم الزّيادة مثل أن يبيع عدلاً على أنّ فيه خمسين ثوباً فيجد فيه إحدى وخمسين[1] ثوباً. فإنّه اختلف قول **مالك** في ذلك فقال مرّة: يكون البائع شريكاً بجزء من اثنين وخمسين جزءاً. ثم قال: يردّ ثوباً كعيب وجده. فقال **ابن القاسم**: فقلت له: أفلا يكون شريكاً بجزء من اثنين وخمسين جزءاً؟ فانتهرني

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اثنين وخمسين، كما يقتضيه النص الوارد بعدُ.

وقال لي: يردّ ثوباً كعيب وجده. فاختار **ابن القاسم** قوله الأوّل.

واختلف المتأخرون في تأويل قَوله: يرد ثوباً كعيب وجده. فقال بعضهم: يردّ المشتري أيّ ثوب شاء. لأنّه إذا ردّ ثوباً، اختار ردّه، بقي الباقي مطابقاً للصفقة الّتي عقد البيع عليها، فلم يكن للبائع مقال.

وقال بعضهم: بل يردّ ثوباً وسطاً منها ليكون ذلك عدلاً بينهما.

وأشار بعضهم إلى أنّه إذا ردّ ثوباً بحكم اختياره، فإنّه يقوّم، فإن صادفت قيمته كونها جزءاً من الجملة التي هي اثنان وخمسون لزم ذلك البائع. وإن كان الثّوب أكثر من قيمة الجزء الذي يكون فيه شريكاً أو أقلّ من ذلك، وقعت المشاركة في الثوب المردود إن زادت قيمته على التّجزئة، أو وقعت المشاركة في ثوب آخر إن كانت القيمة أنقص.

وممّن سلك هذه الطريقة من رأى أنّ النّقص والزيادة لا تقع بهما مشاركة وإنّما يقضى فيهما بالقيمة، دنانير كانت أو دراهم، لأنّ المحاكمة إنّما قصد بها انفراد كل واحد بملكه، فإذا وقعت المشاركة خرج الحكم عمّا قصد إليه المتبايعان.

وأشار بعضهم إلى اختلاف قول **مالك** رضي الله عنه ربّما صرف إلى كون التقويم لا بد منه. وإنّما قال مرّة: إن ثبوت المردود مصروف إلى اختيار المشتري ثم يقوّم، وقال مرّة: ليس ذلك بمصروف إلى اختياره، بل إلى ما تخرجه القرعة، كما يفعل في وارثين ورثاً ثياباً، وأرادا رفع الشركة فإنّما ترفع بالقرعة.

فصل يشتمل على مسائل في **المدوّنة** في كتاب بيع الغائب.

فمنها: قوله بإجازة شراء ممرّ في دار. وقد كنا نحن نبّهنا في كتاب البيوع الفاسدة على أنّه ما يحرم تملكه لا يجوز بيعه كالخمر والخنزير، لأنّ المنفعة إذا كانت موجودة، ولكنّ الشّرع حرمها ومنع منها، فإنّ المعاوضة تكون من أكل المال بالباطل. وكذلك إذا كان المبيع يصحّ تملكه ولا منفعة فيه في الحال،

كدار تباع أو عبد كبير يباع، فإنّ ذلك ممّا ينتفع به في الحال والمآل، وما لا ينتفع به في الحال كطفل رضيع يباع، فإنّه ينتفع به في المآل دون الحال، فإنّ البيع فيه لا يجوز لعدم المنفعة أيضاً. ولهذا قال **أشهب** في هذه المسألة: إنّما يجوز البيع إذا كان مشتري هذا الممرّ يتوصّل به إلى ما ينتفع به، كأرض له يصل لينتفع بها من هذا الممرّ.

وهذا الذي قاله تأويل لا بد من حمل ما في **المدوّنة** عليه. لأنّه إذا كان يشتري خطوات يخطوها في دار إنسان ذاهباً وراجعاً لا يتوصّل بها إلى ما ينتفع به في الحال، أو يعلم أنّه سيكون في المآل، فإنّ هذا من/ إضاعة المال. وإذا كان يتوصّل بذلك إلى ما ينتفع به في المآل، وكان هذا شرطاً في صحّة هذا البيع، فإنّه لو استحقّ هذا المنتفَع به الذي اشتُرِي الممرُّ إليه، فإنّ البيع في الممرّ يبطل، لكون استحقاق هذا يشعر بأنّ المبيع عقد على أمر لا منفعة فيه، وذلك من إضاعة المال. وقصارى ما في هذا الجهل بشرط صيغة هذا البيع، أو اعتقاد حصوله، فكشف الغيب أنّ هذا الاعتقاد باطل، فينقل الحكم في هذا إلى أصله، وهو كون المشتري أضاع ماله، كمشتري أرض بها زرع لم يبد صلاحه فإنَّ ذلك جائز. فلو استحقّت الأرض لبطل البيع في الزّرع، لكون جوازه من شرطه كونه تبعاً للأرض، فإذا كشف الغيب أنّ العقد إنّما وقع على مجرّده انتقل الحكم إلى أصله في منع بيع الزّرع قبل أن يبدوَ صلاحه.

وقد ذكر في هذا الكتاب في **المدوّنة** فيمن باع عموداً عليه بناء للبائع: أنّ ذلك جائز. والذي ذكره من جواز هذا يفتقر إلى شرطين: أحدهما أن يكون هذا البيع لا يتضمّن إضاعة مال وفساده، مثل أن يكون البناء الذي على العمود كثير مقداره، كثير ثمنه بحيث يعلم أن هدمه وإفساده والعوض عن هذا ثمن نزر يأخذه في العمود لا يفعله إلاّ السفهاء ومن لا ميز له ولا يحسن تدبير المال. فإذا كان الأمر خارجاً عن هذا الغرض، صحيحاً، يراه العقلاء الرشداء من حسن النظر جاز هذا البيع. والشّرط الثاني: أن يكون يؤمَن على العمود إذا قلع ونقل عن مكانه من فساده وكسرِه، فإنّه إذا لم يؤمن من ذلك عليه صارت المعاوضة

عنه كالمعاوضة عن شيء لا يعلم المشتري هل يحصل له أم لا؟ أو على أي صفة يحصل.

وأمّا حكم إجارة زوال البناء فإنا نقرّر في ذلك مقدّمة إليها يسند النظر في هذا الحكم. وذلك أنّه قد تقرّر أنّ المبيع على البائع التّمكينُ منه. فإذا لم يمكن المشتري منه مع دفعه الثّمن وبذله، صار كغاصب غصب المشتريَ هذا المبيع، ولم يستحق العوض عنه. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الردّ بالعيب الكلام على أحكام الضمان في السّلعة المحتبسة بالثمن، وكذلك نبّهنا على هذا في هذا الكتاب الذي نتكلم عليه وهو ضمان بيع الغائب. ولكن قد يحصل التمكين من المبيع ولكنّ التمكين من قبضه والانتفاع به لا يصحّ، كما صوّرناه في بيع الغائب، وأنّ البائع، وإن مكّن المشتري منه، فإن المشتري لا يتمكّن من قبضه بفور العقد. فهذا العمود إذا بيع وعليه بناء للبائع فإنّ البائع عليه أن يمكنه من المبيع على حال يتمكن المشتري فيه من القبض، ولا يحصل التمكين من ذلك إلاّ بزوال ما عليه من البناء. فعلى البائع هدم ما عليه من البناء ليحصل للمشتري التمكّن من المبيع. فإذا هدم ما عليه فقد ذكر في غير **المدوّنة** أن أجرة القلع على البائع.

وأشار بعض الأشياخ إلى استبعاد هذا وأنّ قائله يريد بأجرة قلع العمود أجرة زوال ما عليه من البناء ليتمكّن المشتري من قبضه. ولا وجه لاستبعاد ما وقع في هذه الرّواية من كون أجرة القلع على البائع لأنّ العمود إذا كان منشوباً في الأرض يفتقر تحصيله وهو في ملك البائع، إلى أجرة، صار التّمكين على البائع ليخلص للمشتري الملك المبيع/ ها هنا، كما عليه إزالة ما على العمود ليخلص للمشتري المبيع. وإن كان هدمُ ما على العمود أوضح في هذا لكون المشتري لو تمكّن له قلع العمود بما عليه لم يملك جميع ذلك، ولم يسقط ملك البائع عن ما على العمود. والأرض المنشوب فيها العمود ليست على العمود ولا ينقلع العمود وعليه شيء منها.

وكذلك لو بيع سيف محلّى فاستثنى البائع حليته، فإنّه يقضى على البائع بإزالة الحلية ليتمكّن المشتري من قبض السّيف مجرَّداً منها. فالحلية كالبناء والحكم فيهما واحد.

لكن لو وقع البيع في البناء الذي على العمود، أو الحلية المركبة على السّيف، لكان هذا على القولين فيمن باع صوف غنمه وهو على ظهورها، أو ثمر نخل وهو في أغصانها. فإنّه اختلف في إزالته عن ظهور الغنم وأغصان الشجر، هل هو على البائع، لأنّه وإن تمكّن المشتري من الثّمر والصّوف، فعليه أن يصيّره إلى حال يتمكّن المشتري ممّا مكّنه منه. أو على المشتري لأنّ البائع يطالب[1] بأكثر من التّمكين، وهو قد فعله، فتكون الإجارة في ذلك على المشتري.

ولو باع شاة واستثنى جلدها فإنّ ظاهر المذهب أنّ الذبح على المشتري يذبحها لنفسه، ثم يختلف عندي في السّلخ. فإن قلنا: إنّ المستثنى مشترى جرى ذلك على القولين في شراء صوف الغنم وهو على ظهورها. وإن قلنا: إن المستثنى مبقىً على ملك البائع كان السَّلخ على البائع، ولو ذبحت، ليحصُل لكلّ واحد ما ملكه منها. وقيل: إن الإجارة عليهما جميعاً، يجرى ذلك على القولين في كونهما بينهما نصفين أو على قدر الأموال.

كما اختلف في حارس الأندر، هل إجارته على قدر الأموال المحروسة أو على عدد المالكين لها. وذكر في المدونة في هذا الكتاب جواز شراء غرز جذوع في حائط. وهذا إن وقع العقد فيه على التّوقيت إلى أجل معلوم فهو إجارة تجري على حكم إجارة دار السّكنى، فإنّها إن انهدمت بطل العقد فيما بقي من المدة. وكذلك إن انهدم هذا الحائط بطلت الإجارة التي عقدت في غرْز الخشب فيه في باقي المدّة. ولو شرط غرزها على التأبيد لكان ذلك كشراء الرقاب التي يملك المشتري ما اشتراه على التّأبيد. وكأنّ المشتري لِحمل هذه الجذوع اشترى حملها له في ذمة البائع. فلو هدم الحائط لكان على صاحبه إعادته ليغرز

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: لا يطالب.

صاحب الخشب خشبه فيه. كما على صاحب السفل أن يبنيه إذا انهدم ليحمل صاحب العلوّ علوّه عليه.

وذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب جواز بيع رجل مقدار هواء عشرة أذرع من أعلى داره بعد أن يبقي لنفسه مقدار عشرة أذرع من الهواء تحت الهواء الذي باعه. وهذا الذي ذكره من شرط جوازه أن يبني البائع العشرة أذرع من الهواء المتّصل بسطح داره ليبني المشتري العشرة أذرع من الهواء الذي اشتراه، إذ يستحيل أن يعتمد ما يبنيه المشتري على الهواء، وهو إنّما اشترى هواء فوق هواء، فلا يمكنه الانتفاع بما اشتراه إلاّ بعد أن يبني له الهواء الذي تحت الهواء الذي اشتراه، وإلاّ فيكون هذا العقد من أكل المال بالباطل. وقد قدّمنا التنبيه على منع مثل هذا فيمن اشترى ممرّ دار لا يُسلك في هذا/ الممرّ إلى ما ينتفع به.

وإذا كان لا بدّ من اشتراط بناء البائع للهواء المتصل بسطحه فلا بدّ من وصف هذا البناء الذي يبنيه هذا البائع لكون البناء يختلف، فمنه ما لا يثبت ما يبنَى عليه من علوّ إلا زماناً قليلاً، ومنه ما يَلبث زماناً طويلاً، فالغرر إنّما يرتفع بمعرفة المشتري للهواء مآل ما يبني عليه ما اشتراه من قوّة أو ضعف.

وإذا أجزنا هذا جاز أيضاً أن يبيع منه هو عشرة أذرع متّصلة بسطح البائع، بل هذا أجرى في الجواز لكون المشتري يتمكّن من الانتفاع بما اشتراه، بأن يبنيه في الحال من غير ترقب لما يفعله غيره. ولكن من شرط جواز هذا أن يصف المشتري ما يبنيه حتى يكون معلوماً عند البائع، وإلاّ صار في العقد غرر. لأنّ صاحب الدّار يختار ألاّ يثقل على سطحه فينهدم، والمشتري قد يختار التثقيل. والغرر إنما يرتفع بوصف البناء الذي يبنى على السّطح وصفاً يصيّر هذا البيع لا غرر فيه. فلا بدّ من اعتبار ما أشرنا إليه في جواز بيع هواء فوق هواء، وهو متّصل بسطح البائع، على حسب ما أجازه في **المدوّنة** في هذا الذي ذكرناه.

وذكر في **المدوّنة** أيضاً في هذا الكتاب جواز شراء المُسكن رجلاً داراً له

حياته، وإخدامه عبداً له حياته لهذا السكن، وهذا الإخدام، مع كون هذا في الظّاهر شراء مبيع لا تعلم حقيقته ولا مقداره، لأنّ الإنسان إذا أعمَر رجلاً سكنى داره حياته، أو خدمته عبده حياته، فإنّ منتهى الحياة غير معلوم، ويختلف زمن طروق الآجال اختلافاً شديداً، حتى لا يدري صاحب الدّار هل يموت السّاكن بعد شهر من يوم أسكنه، أو بعد سنين كثيرة، وقد اشترى صاحب الدّار منافع لا تعلم، وهذا واضح على مقتضى الأصول. لكن سمح صاحب الدّار وصاحب العبد[1] ينتزعها من يده من اشتراه متى شاء لا يكون ثمنه كثمن عبد في يدهِ عشرة دنانير. فإذا علم أنّ الثمن يختلف باختلاف مال العبد في القلّة والكثرة وجب أن يعطى حكم بيعه مجرّداً منفرداً عن العبد لا سيّما إذا راعينا قول من قال من العلماء إنّ العبد لا يملك ذلك، يتضح معه أن السيّد باع العبد وماله.

والمذهب عندنا أنّ السيّد لو قال للمشتري: أبيعك عبدي ومالَه، لم يجز ذلك، حتى يكون المال معلوماً. ولا يوقع في الرّبا، لأنّه لما قال: أبيعك عبدي وماله، صرّح بأنّه عقد البيع على مال العبد كما عقده على رقبته، فيراعى فيه ما يراعى في العقد عليه لو انفرد عن البيع.

وهكذا المذهب لو قال: أبيعك عبدي وله مائة دينار أُوفيكَها. فإنّ قوله: أو فيكها، إشارة إلى أنّه باع العبد ومائة دينار معه. إلى هذا أشار **ابن القاسم**. واختلف المتأخرون من الأشياخ لو قال: أبيعك عبدي وله مائة دينار، هل يمنع من ذلك ويصير ذلك حكمه حكم ما لو زاد على ذلك، فقال: أُوفيكها. أو يكون هذا بخلاف من زاد في هذا اللّفظ: أو فيكها، أو إنّما قصد بيان ما عند العبد من مال. وهذا كلّه يشير إلى أنّ المال إذا اشترطه المشتري لنفسه لم يجز. وإن اشترطه للعبد جاز. وقدّر في ذلك معنى الاشتراط إبقاء المال ملكاً للعبد على حسب ما كان قبل عقد البيع. وأنه لو اشترط المشتري ذلك لم/ يجز، لأنّه كمن اشترى مالاً مجهولاً، واشترى مالاً بمال فوقع في الرّبا.

---

(1) محوٌ بمقدار سطر.

وقد أشار بعض أصحابنا إلى أنّ علّة الجواز لاشتراط كون هذا الاشتراط إنّما منعناهُ إقراراً لمال على ملك العبد، على حسب ما كان قبل البيع.

وهكذا لأصحاب **الشافعي** تعليلان في هذا أيضاً فقال بعضهم: إنّما جاز الاشتراط للمال لكونه لم تقع المعاوضة عليه، وإنّما وقعت على إقراره على ما كان عليه قبل البيع، وهذا يقتضي العفو عن كون المال مجهولاً أو موقعاً في الرّبا. وقال بعضهم: إنّ العلّة في ذلك كون المال تبعاً. وقال **أبو حامد الاسفراييني** في هذا التعليل الذي قاله بعض أصحاب **الشافعي** أنّه يقتضي العفو عن كون المال مجهولاً منه ربا، لأنّ الأتْباع لا يلتفت فيها إلى الجهالة ويلتفت فيها إلى الرّبا.

وهذا الذي قاله من كون الأتباع يلتفت فيها إلى الربا، لا يصحّ إطلاقه على أصل مذهبنا المشهور في جواز بيع السّيف المحلّى بفضّة بدراهم إذا كانت حليته تبعاً، لما كان مرتبطاً بالسّيف ودعت الضرورة إلى بيعه على ما هو عليه.

فأنت ترى أصحاب **الشافعي** كيف اختلفوا في التّعليل كما اختلف فيه أصحابنا.

هذا حكم جواز اشتراط جميع مال العبد.

وأمّا اشتراط بعض ماله ففيه قَولان:

ذكر **ابن القاسم** المنع، تقديراً منه أنّ جواز اشتراط جميعه رخصة، والرّخص لا يقاس عليها ولا تغيّر عن موقعها.

وذكر أشهب جواز ذلك، تقديراً منه أنّه إذا عُفي عن الجهالة في جميع مال العبد، وعن الرّبا، كان العفو عن وقوع ذلك منه كاشتراط نصف المال أوْلى وأحرى.

هذا إذا كان جميع العبد ملكاً لرجل واحد لا شركة لغيره معه.

وأمّا إن كان عبداً بين شريكين باع أُحدهما نصفه واشترط مشتريه نصف المال الذي يختصّ بهذا النصف من العبد، فإنه يتّضح أن من منع ذلك في

اشتراط نصف مال عبد، جميعُه للبائع، فإنه يمنع هذا في اشتراط نصف المال المقابل للنّصف المبيع. ومن أجاز ذلك في جميع العبد فقد يجيزه ها هنا لأنّ البائع سلم من المال جميع ما كان يقدر على انتزاعه من العبد، وهذا إنّما يقْدِر فيه على الانتزاع إذا أذن له شريكه في ذلك، لأنّ العبد المشترك لا يمكن أحد الشّريكين أن ينتزع من المال مقدار نصيبه فيه إلاّ بإذن شريكه. فكذلك ما ذكرنا ها هنا إنّما يمكّن المشتري من الاشتراط إذا رضي الشّريك الذي لم يبع بذلك.

ولو كان البيع لهذا النصيب من الشريك الذي له النصف الآخر، فإنّه يمنع منه، إذا عقد البيع على الإطلاق، لحقّ الشريك في منع شريكه من انتزاع المال، وإطلاق البيع يقتضي بقاء المال للبائع، فيصير بائع نصيبه من العبد إذا أطلق العقد كمنتزع نصيبه من المال. لكن **سحنون** ذكر أنّ هذا النصيب المبيع إذا باعه مالكه من شريكه واشترط شريكه المال فإن ذلك جائز، يقدّر أنّ الانتزاع وقع بإذن الشريك لما اشترطه. ومقتضى هذا الذي قاله **سحنون** أنّه يجوز البيع أيضاً على الإطلاق، ويكون الشّريك كالآذن لشريكه في الانتزاع أيضاً. وإذا كان البيع من غير الشّريك منع من البيع على الإطلاق لكون نصيب/ البائع من المال يبقى في يد البائع. وأمّا إن اشترطه المشتري ملكاً للعبد فإنّ ذلك يجوز على ما كنّا قدّمنا، لكون المال لم يقع فيه انتزاع بل بقي على ملك العبد، على حسب ما كان عليه قبل البيع. ولو كان بعض العبد حُراً لمنع مَن له فيه الملك من البيع على الإطلاق، لكون المال يبقى له، فيكون ذلك انتزاعاً أيضاً. وذكر **ابن أبي زمنين** عن **سعيد بن حسّان** بأنّه يمنع المشتري لعبدين أن يستثني مال أحدهما. وهذا الذي ذكره إنّما أجرى هذا الاستثناء فيه مجرى استثناء نصف مال عبد واحد اشتراه. وقد يلتفت فيه عندي إلى ما كنّا قدّمناه في كتاب الردّ بالعيب في الصّفقة، إذا جمعت حلالاً وحراماً، فإنّ كل واحدة من السّلعتين تعطى حكم نفسها، على أحد القَولين. فمقتضى هذا أيضاً أنّ استثناء أحد العبدين ها هنا لا يكون كاستثناء نصف مال عبد واحد.

ولو حدث للعبد مال في أيّام العهدة أو في أيام الخيار إذا بيع على خيار،

فإنّ ذلك ملحق حكمه بما كان عنده من مال حين العقد: إن اشترط المشتري ماله حين البيع كان هذا المكتسب للعبد هبة أو ما في معناها، له. وإن أطلق العقد كان ذلك للبائع.

وقد ذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ عبداً طعن مشتريه فيه بعيب وأنكر البائع العيب والثّمن مائة دينار، فقال رجل: أنا أخذه بخمسين ديناراً على أن يخسر البائع خمسة وعشرين ويخسر المشتري خمسة وعشرين، فَرَضِياً بذلك فإنّ العبد إذا استحقّ رجع مشتريه آخِراً بما دفع فيه وهو خمسون ديناراً، ويرجع مشتريه الأوّل بخمسة وسبعين ديناراً، لأن عقد البيع الأوّل كان بمائة دينار وقد التزم المشتري خسارة خمسة وعشرين منها وكأنّها عادت إليه. فإذا رجع المشتري الأوّل على من باع منه بخمسة وسبعين فقد كملت المائة التي وقع العقد بها، خمسة وسبعون مقبوضة وخمسة وعشرون كالمقبوضة لما التزم المشتري الأوّل خسارتها.

ولو ردّ المشتري الآخِر هذا العبد بعيب لم يعلم به حين العقد، فإن هذا العيب إن عُلِم أنّه قديم عند البائع الأوّل فإنّ المشتري الآخِر إذا ردّ به كان للمشتري الأوّل أن يردّ به أيضاً كما رُدّ بذلك عليه. ويبقى النّظر في العيب المصالح عنه فحكمه مأخوذ من الأصول الّتي قرّرناها في كتاب الردّ بالعيب.

فإذا لم يعلم عند من حدث هذا العيب الثاني كان القول قَول المشتري الأوّل في أنّه لم يحدث عنده لمّا وجب له ردّ البيع بالعيب القديم. ولو علم أنّ هذا العيب الذي ردّ به المشتري الآخِر لم يكن عند البائع الأوّل لكان القَول قَول البائع في العيب المصالح عنه أنّه لم يكن عنده لأنّ المشتري إذا لم يجب له الردّ، فالبيع منعقد، والمشتري يدعي حلّه فوجب ألاّ يقبل ذلك منه على ما أصّلناه في هذا في كتاب الردّ بالعيب.

وإذا وجب الردّ على البائع لكون العيب عنده قديماً فإنّ المشتري الأوّل لا تلزمه الخسارة لأنّه إنّما التزمها على ألاّ ينتقض البيع في العبد. وكذلك أيضاً

البائع إنّما التزم ما التزم على ألاّ ينقض البيع. فإذا انتقض عاد الأمر إلى ما أصّلناه في أحكام الردّ بالعيب ولم يكن لهذا الالتزام تأثير.

وإذا شكّ في هذا العيب الذي قام به المشتري الآخِر ووجب له الردّ به لكونه لم يحدث عنده، فإنّ القول قَول البائع فيه لكون البيع منعقداً والصّلح منعقداً أيضاً، ويحلف على العيبين جميعاً المصالح عنه، والعيب الآخر، ولا مطالبة عليه/ . وإن نكل عن اليمين وحلف المشتري أنه لم يحدث عنده واحد من العيبين وجب له أخذ الثّمن كلّه، لأنّ الصّلح إنّما وقع على ألاّ يحلف واحد منهما؛ وللمشتري الأوّل أن يتمسّك بالصّلحِ ويحلف على العيب الآخر فيُثبت له يمينه أنّه كان عند البائع منه ويصير العيب المصالح عنه، لما رضي بالصّلح، كعيب حدث عنده فوجب له أخذ قيمة الغيب الآخر، أو يردّ ويرد مع العبد ما نقصه العيب المصالح عنه.

وإن كان العيب الذي قام به الآخر مشكوكاً فيه، هل حدث عند الآخِر أو عند الأوسط أو الأوّل، كان القَول قول الأوسط مع يمينه، ويسقط مقال المشتري الآخِر، ولكن للآخِر أن يحلّف البائع أيضاً على هذا العيب رجاء أن يقرّبه فيردّ المشترى عليه. وإن نكل الأوسط وحلف الآخر لم يمكن الأوسط إذا ردّ عليه العبد من أن يستحلف البائع الأوّل إذا كان قد أكذب الآخِرَ أنّ العيب عندك حدث، لكون هذا يقرّرُ إقراراً منه ببراءة البائع الأوّل. وإن كان يشكّ في هذا العيب عند من حدث ولكنّه لمّا نكل ردّ عليه، لم يكن له أن يستحلف البائع الأوّل لأنّ من حقّ البائع الأوّل أن يقول له: لي أن أردّ عليك هذه اليمين، وأنت قد نكلت عنها، فليس لك أن ترجع عن النّكول وقد تقدّمت هذه الأصول التي بني عليها هذا التفريع فيما تقدّم.

كتاب التجارة إلى أرض الحرب



بسم الله الرحمٰن الرحيم
صلّى اللّه على سيّدنا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

كتاب التّجارة إلى أرض الحرب

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

وإذا كان نصراني عند نصرانيّ[1] فأسلم بيع عليه.

وإذا ابتاع النّصراني عبداً مسلماً لم يجز، وفسخ العقد. وقيل: يصح ويجبرُ على بيعه.

قال الإمام، رضي الله عنه، يتعلّق بهذا الفصل عشرة أسئلة، رأينا أن نقدّم منها ما قدم في **المدوّنة** الكلام عليه. فمنها أن يقال:

1 ـ هل يجوز السّفر لبلد الحرب للتّجارة؟

3 ـ وهل يجوز أن يبايعوا فيما يكون لهم به قوّة على المسلمين؟

3 ـ وهل يجوز أن يبتاع بعضهم بعضاً؟

4 ـ وهل يجوز للكافر أن يشتري عبداً مسلماً؟

5 ـ وما حكم عبد الكافر يسلم؟

6 ـ وهل يجوز للمسلم أن يملك مَن بينه وبينه هدنة من الكفّار؟

---

(1) في غ، والغاني: وإذا كان للنصراني عبدٌ نصراني.

7 ـ وهل تجوز له معاملة أهل الحرب بالرّبا؟

8 ـ وهل يجوز لهم معاملتهم بالدّنانير والدراهم؟

9 ـ وما حكم معاملة المسلِم الكافرَ بالخمر؟

10 ـ وما حكم أرضهم وديارهم في البيع؟

فالجواب من السؤال الأول أن يقال:

ورد الشّرع بالمنع من ابتذال مَالَه حُرمة في الدّين. وقال عليه السّلام: «**الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**»[1] وقد ورد الشّرع بالنّهي عن السّفر بالقرآن إلى أرض العدوّ. فإذا سافر المسلم إلى أرض العدوّ، فلا يخلو أن يكون سفره لمعصية يحصّلها هناك، أو لطاعة وبرٍّ، أو لأمر مباح.

فأمّا سفره طالباً لمعصية فلا شكّ في تحريمه ولو كان إلى بلد المسلمين فكيف ببلد أهل الكفر.

وأما إن كان سفره لطاعة، تجب على الأعيان أو على الكفاية أو ما في معنى ذلك، كان سفره جائزاً. كسفر المسلم إلى أرض الحرب يفتك منه أسيراً مسلماً، لكون فكاك الأسرى قد أمر به الشّرع.

وأمّا إن كان سفره لأمر مباح في نفسه، كتجارة يبتغيها هناك، فإنّه منهي عن ذلك على الجملة. وظاهر المذهب على قَولين: هل ذلك نهي تحريم أو نهي كراهة؟

فقال/ **ابن القاسم**: شدد **مالك** في السّفر إلى بلد الحرب. وقال **ابن الموّاز**: ليس بحرام. وقال **ابن حبيب**: قال **مالك** وأصحابه: لا يجوز السّفر إلى بلد الحرب لتجارة ولكن يجوز ذلك لمفاداة أسير. وذكر **سحنون** أنّ من ركب البحر إلى بلد الرّوم طلباً للدّنيا فإنّه يجرّح بذلك. وظاهر هذا يقتضي كونه أنّه يرى ذلك حراماً. وكذلك إطلاق **ابن حبيب** أنّ ذلك لا يجوز.

---

(1) فتح الباري: 3/218. كتاب الجنائز: باب 79: إذا أسلم الصبي فمات.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّ ظاهر **المدوّنة** لا يقع بذلك التّجريح لأنّه ذكر فيها قبول شهادة التجّار المسلمين إذا شهدوا بما عاينوه فيها. وظاهر قبول الشهادة يقتضي نفي التّحريم.

لكنّ هذا الذي تعلّقوا به في **المدوّنة** فيه احتمال، لأنّه لم يذكر على أيّ صفة دخل هؤلاء التجّار، هل قاصدون لأجل الدّنيا، أو رجعوا إليها بحكم غلبة الرّيح عليهم، أو لمعنى ألجأهم إليه يشبه هذا، مع إمكان أيضاً أن يكونوا جهلوا التحريم، أو قلّدوا من ذهب إلى نفي التحريم. وقد قال **أبو الحسن والأوزاعي** فيمن سافر إلى بلد الحرب لتجارة: إنّه فاسق. وهذا كالنصّ على التحريم والتنبيه على تأكده بتفسيق فاعله.

وقد علّل **مالك** النّهي عن هذا السّفر بكون أحكام أهل الكفر تجري على المسلم المسافر إليهم.

وهذه الأحكام التي أشار إليها، رضي الله عنه، تتنوّع تنوّعاً يقتضي اختلاف طبقات النهي عن السّفر إليها.

فلو كان المسلم يجرون عليه من الاحكام أن يجبروه على السّجود للأصنام، وإظهار كلمة الكفر أو سبّ الرسل، فإنّ هذا يتأكّد تحريم السّفر معه.

وإن كانوا لا يحملونه على شيء يخالف دينه، لكنّهم يوقعون به من الإذلال والهونة[1] **ما** فيه إعزاز لهم وإهانة للإسلام، فإنّ هذا أيضاً يوجب المنع.

وإن كان يسلَم من جميع ذلك، وإنّما يناله كونه تحت قبضتهم لو حاولوا إهانته لم يقدر على الامتناع، أو يأخذون منه مالاً لتجارته عندهم، فإنّ هذا أخفّ ممّا قدّمناه. ولعلّ من أنكر التحريم يشترط في السّفر إليهم أن يكون على هذا الوجه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الهُونَى، أي الذلّ.

وقد سهل القاضي **ابن الطيّب** في المقام ببلد الحرب لرجل مسلم يضطرّ إليه مَن بذلك البلد من أسرى المسلمين في تعليم ما افترض عليهم في الشريعة والاقتداء به، وهديهم إلى الحقّ وهدي غيرهم، وهذا جار على أسلوب ما قدّمناه من إجازة السّفر إليهم لأمر يوجبه الشّرع من فكاك أسير وبيان ما افترض على المسلم.

وأمّا التجريح بالسّفر إليهم فقد قدّمنا ما قاله **سحنون** وغيره. وكان قد نزل عندنا **بالمهديّة** منذ نيف وأربعين عاماً شدّة احتاج النّاس فيها إلى السّفر إلى صقلية ليرخص الطعام عندنا لكونه قد عدم. فتخاصم رجلان وانتهى أمرهما إلى السّلطان، وقام أحدهما بشهادة رجل قدح خصمه في عدالة الشاهد لكونه سافر إلى صقلية. وهي وإن كانت الأكثر من سكّانها مسلمين فإن المسلّطين عليهم والمستولي على أهلها ملك من ملوك الرّوم وجنده الرّوم. فجمع السّلطان كل من يفتي بالمكان فاختلفوا، ووقف بعضهم في منع السّفر للحاجة إلى الطّعام. فقلت لهم: ليس هذا ممّا يقتضي الرّخصة في السّفر إلى بلد العدوّ. وتلوت عليهم قوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ۚ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ إِن شَآءَ﴾[1]. فنبّه سبحانه على أنّ للمسجد الحرام حرمة وتنزهاً عن الأنجاس، والمشركون نجس. ثم/ نبّه سبحانه على أنّ الحاجة إليهم في جلب الطّعام إلى مكّة لا يرخّص في انتهاك هذه الحرمة، فكذلك الحاجة إلى امتيارِ الطعام من **صقليّة** لا يوجب الترخيص في السّفر إليها. فاستحسن أكثرهم هذا الاستنباط من القرآن، وبقي بعضهم على التوقّف. فكاتبنا في المسألة إمَامَنا أجمعين وكان ببلد آخر وقد انزوى وانْقطع إلى العبادة. فورد جوابه بأنّ هذا ليس بعذر يوجب الرّخصة في السّفر إليهم: وعلّل ذلك بأنّا وإن كنّا نتقَوّى بما نأخذه من الطّعام من عندهم، فإن ما نحمل إليهم من أموال المسلمين لكثرته لهم به قوّة علينا وشدّة تمكن في ملك من ما

---

(1) سورة التوبة، الآية: 28.

يكترى[1] صلبِ المسلمين.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

منع في **المدوّنة** من أن يباع من أهل الحرب ما تكون لهم به قوّة على المسلمين، كالسّلاح والخيل والبغال والحمير والأخراج والغرائر والحرير والنّحاس والحرير.

وفي كتاب ابن حبيب: والصوف والكتّان والزفت والقطران والجلود.

وهذا يوضح وجه منعه على الجملة لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾[2]. فإذا أمددناهم بما يكون لهم قوّة علينا صار هذا نقيض ما أمر الله سبحانه به، وصار معونة على دماء المسلمين. فقد قال **سحنون** فيمن باع منهم السّلاح فقد شارك في دماء المسلمين. وقال الحسن: من باع منهم الطّعام فهو فاسق، ومن باع منهم السّلاح فليس بمؤمن.

وهذا التغليظ في بيع السّلاح لأنّا لا نكفّر بذلك إلاّ لمن تعمّد واعتقد استحلال دماء المسلمين.

والذي عددناه ممّا وقع في **المدوّنة** وغيرها من أصْنَاف ما يمنع المسلم من بيعه منهم منه ما يتّضح وجهه وكونه قوّة كالسّلاح والخيل والبغال والحمير لكونه حمولة لهم، والنحاس والحديد، لكون الحديد ممّا يعمل منه السّلاح وغيرها، والنحاس ممّا يعمل منه البوقات والنواقيس.

وأمّا ما عدّ في ذلك من الحرير فلعلّه فيما كان منسوجاً يباهى في الحرب بلباسه.

وكذلك منع من بيع الشمع، ولعلهم أيضاً يحتاجون إليه في السّفن وغيرها.

وكذلك منعه من البسط.

وأمّا الصوف والكتّان فينظر في كونه قوّة لهم.

---

(1) كلمة غير واضحة في النسختين.

(2) سورة الأنفال، الآية: 60.

على دينه أو من ليس هو على دينه من أهل الكتاب:

فأمّا إن أراد النّصراني شراء عبد نصراني بالغ فإنّه لا يمنع من ذلك لكونه لا يستحيل الاضطرار به[1] لمساواته في الدّين، ولا يخاف إذا كان سيده يسكن به بلاد المسلمين من كونه يطّلع أهل الحرب على غرّة المسلمين وما يخافون منه. وأمّا إن كان هذا العبد صغيراً ففيه قولان: أحدهما منعُه من شرائه له. فوجه المنع، وهو المذكور في **المدوّنة** وغيرها، أنّ الصّغير يرجى إسلامه إذا دعي إلى الإسلام لكونه لم يرسَخ في نفسه الكفر، ولا عنده من الحنكة ما يصادم به من أراد أن ينقله عن دينه. بخلاف البالغ.

فإن وقع هذا البيع ففي **العتبيّة** أنّه يفسخ. وقد يتخرج على قول آخر أنّه يباع عليه من مسلم. ووجه القَول الثاني وإليه ذهب **ابن الموّاز** أنّا لسنا على يقين من قبوله الإسلام إذا اشتراه مسلم فلا يمنع النصرانيّ من شرائه، مع كون إسلامه غير متحقق لا سيما على ما ذكره **ابن الموّاز** عن **أشهب** من كون الصغير المنفرد عن أبويه إذا اشتراه مسلم فإنه لا يجبره على الإسلام لكونه من أهل الكتاب، وأهل الكتاب لا يجبرون على التنقّل عن دينهم.

وأمّا إن كان العبد المبيع الكافر على خلاف دين من أراد أن يشتريه من الكفرة، مثل أن يكون عبد بالغ يهوديّ أراد شراءه نصرانيّ، أو نصراني أراد شراءه يهوديّ. فإنّ هذا أيضاً فيه قَولان: أحدهما المنع من ذلك وإليه ذهب **ابن وهب وسحنون**. والثاني جواز ذلك. وإليه ذلك **ابن الموّاز**.

فوجه المنع ما قد علم وتقرّر من شدّة العداوة والبغضاء الّتي بين أهل هذين الكتابين، فتمكّنهم من ملك بعضهم بعضاً إضرار بالمملوك وإيجاد للسّبيل إلى أذاه، والإضرار به لا يجوز.

ووجه الجواز أن هذا لا حق فيه لله سبحانه، لأنّه لو رضي العبد شراء من ليس على دينه وهو بالغ لم يمنع مشتريه من شرائه فلو كان لله سبحانه فيه حق ما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا يستحلّ الأضرار به.

جاز رضاه بذلك. فإذا تجرّد الحقُّ للعبد جاز الشّراء، ومنع الإمامُ من يملكه من أذاه والإضرار به، وفعله للإضرار يزول بعقوبة المشتري عليها. فلم يجب منعه من الشراء.

وأما إن كان العبد المشترَى ليس من أهل الكتاب، كالمجوس والصقالبة والسودان، فإنّه إذا حاول شراء عبد منهم يهودي أو نصراني، فإنّ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك ليس بحرام. قال **مالك** في **المدوّنة** ما علمته حراماً وغيره أحسن منه. وأطلق الجواب في الصغيْر منه والكبير.

والقول الثاني: أنهم يمنعون من ذلك في صغير أو كبير. ذكرهُ ابن عبد الحكم.

والقول الثالث: أنهم يمنعون من ذلك في الصغار دون الكبار. وذكره في **العتبيّة** قال: وإن اشتروا الصّغار فسخ البيع.

واشترط في غير **العتبيّة** أنّ فسخ البيع ما لم يتديّن الصغير المبيع بدين.

وتَوجيه هذا الخلاف يلتفت فيه إلى الخلاف في وجه آخر، وهو جبر/ من اشترِي من المجوس على الإسلام. فظاهر المذهب أنه إذا تديّن بدين، واستمر عليه، لم ينقل عنه، ولا يجبر على الرجوع إلى الإسلام.

وأمّا إن لم يتدين بدين مثل من سبي منهم. فإنّ ظاهر المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها أنه يجبر على الإسلام وإليه ذهب **أصبغ**.

والثاني أنه لا يجبر على الإسلام.

والثالث التّفرقة بين الصغير والكبير. فيجبر الصغير ولا يجبر الكبير.

فيتّضح مع القول بالجبر منع اليهودي والنّصراني من شرائهم، لأن منعهم من ذلك يقتضي (ألاّ يملكهم الإسلام)[1]. فإذا ملكهم جبر على الإسلام، فلا ينبغي تسهيل طريق إلى الظلال مع القُدرة على الهداية إلى الإيمان.

---

(1) هكذا

وإن قلنا بنفي الجبر حسن ها هنا الذهاب إلى التّمكين لليهودي والنصراني من شرائهم وحسن أيضاً التفرقة بين الصغير والكبير، لكون الصغير الغالبُ قبولُه لما يدعى إليه من المذاهب ويربّى عليه، بخلاف الكبير الذي يرجع إلى رأي نفسه وما يجده في طباعه.

فيخلص من هذا أنّ الخلاف في جبر المجوسي على الإسلام إذا لم يكن تديّن بدين إلاّ ذلك، لكونه يجيب إذا دعي إلى الإسلام كالصغير الكتابي الذي ليس معه أبوه ولا أمّه. وقد حكينا عن **أشهب** أنّه لا يجبر. وقيل: يجبر. ويستقصى هذا في موضعه إن شاء الله.

وإذا قلنا بالجبر فالجبر إنما يكون بالتّهديد والضّرب، لا بالقتل لكونه لم يتديّن بدين الإسلام ثم يرتدّ عنه فيقتل. وإنّما هذا الجبر رجاء أن يتديّن بدين الحقّ ويتعلّمه.

وإذا وقع البيع ها هنا الممنوع على ما فيه من الاختلاف الظاهر. فالظاهر أنه يجري على قولين في فسخ البيع أو بيعه على من اشتراه.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

لا خلاف في منع بيع العبد المسلم من رجل كافر أو امرأة كافرة. وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1] وبيع المسلم من الكافر يُجعل به للكافر على المسلم أشدُّ سبيل. وقد قال ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يُعْلى عليه»[2]. وإذا صار المسلم مملوكاً صار الكافر له علوّ على المسلم، وقدرة على إذلاله وإهانته، فيحصل للكافر عزّة المالك، ويحصل للمسلم بذلك ذلّة المملوك. فإذا تقرّر أنّ هذا البيع محرّم ممنوع، فإذا وقع فماذا يكون الحكم فيه؟

اختلف قول **مالك** فيه. فقال مرّة، وهو المشهور عنه: إنّ هذا العبد

(1) سورة النساء، الآية: 141.

(2) تقدم تخريجه ص 932.

المسلم يباع على النّصرانيّ الذي اشتراه ولا يفسخ بيعه. وهذا هو المشهور عنه. وروى **ابن شعبان** عنه في **مختصر ما ليس في المختصر** أنّ البيع يفسخ. وهذا في كتاب **ابن حبيب** أنّ البيع يفسخ.

واختلف قَول **الشافعي**، على حسب ما اختلف قَول **مالك** فيه، فقال مرّة: يباع عليه. وقال مرّة أخرى: يفسخ.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أحد قولي **مالك والشّافعي**. فقال: يباع عليه إلاّ أن يخرجه مشتريه النّصراني من يده بعتق أو كتابة فلا يباع عليه، فجعل الكتابة تحلّ محلّ بيعه عليه. وظاهر مذهب الشافعية في الكتابة أنها عندهم على قولين في كونها تحل على بيعه عليه.

وأمّا نحن فلا يختلف مذهبنا في أنّ الكتابة لا تجزي في رفع يده عنه، لكون المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. وأحكام الرقّ باقية عليه لِسَيِّدِهِ النّصراني فلا يكتفَى بها في إخراجه من يد النّصرانيّ الذي اشتراه.

فأمّا من ذهب إلى أنّه يباع عليه ولا يفسخ فإنّه يستدلّ بقول/ الله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1]. وبأنّ النّصراني لا يمنع من التجْر وطلب الأرباح في سائر أنواع المتَملكات؛ والعبد المسلم يكون كأحدها، وإنّما حقُّه في رفع إذلال الملك للنصرانيّ. وهذا الحقّ يصل إليه المسلم ببيعه على النّصرانيّ. كما أنّ الإنسان ممنوع من إذلال أبيه وقهره. فإذا اشتراه عتق عليه ولم يفسخ مع كون الأبوّة تأبى الملك. فعتق الأب يرفع عقوقه بإذلال الملكة. فكذلك بيع هذا يرْفع إذلال الرقّ عنه للنّصرانيّ بيعه من مسلم. وأيضاً فإنّ الكفر لا ينافي ملك ملك المسلم. ألا ترى أنّه يصحّ ملكه للنّصراني بحكم الميراث، مثل أن يسلِم عبد للنّصرانيّ ويموت سيده قبل أن يباع عليه، فيرثه ولده النّصراني فيباع العبد على النّصرانيّ. فإذا صحّ ملكه بالميراث صحّ ملكه بالشّراء ولو كان الكفر ينافي الملك لم يملكه بميراث ولا بشراء.

---

(1) سورة البقرة، آية 275.

وأمّا من ذهب إلى فسخ البيع فإنّه يحتجّ بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[1]. وإقرار ملك النّصراني على المسلم إلى أن يتفق بيعه عليه إيجاد للكافر سبيلاً على المؤمن؛ وهذا خلاف ما قال الله تعالى.

وأيضاً فإنّ الشّراء إمّا أن يكون لقربة أو يكون لبيع لطلب ربْح وتنمية وتحصيل منفعة وغرض. فإذا كان النّصرانيّ لا يُقَرّ في يديه مسلم إذا اشتراه لم يحصل له فيه طلب التنمية أو المنفعة. ولا يصحّ أن يشتريه تقرّباً إلى الله عزّ وجلّ، كما يشتري المسلم أباه فيعتق عليه تقرّباً إلى الله. فيقتضي هذا كون العقد عليه لا يصحّ، كما لا يصحّ عقد المسلم على شراء خشاش وما لا منفعة فيه.

فإذا قلنا بفسخ البيع فإنّ ابن شعبان حكى أنّه يفسخ، وإن باعه النّصرانيّ الذي اشتراه من مسلم وتداولته أملاك المسلمين فإنّ البياعات كلّها تفسخ وإن فات العبد في يد النصراني قبل أن يفسخ بيعه فإنّه يضمنه بقيمته.

وهذا الذي قاله من فسخ البياعات كلّها مع كون البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد. والنصراني الذي اشتراه إذا باعه من مسلم ثم باعه المسلم من مسلم آخر يجب أن يكون هذا فوتاً، ولا ينتقض إلاّ البيع الأوّل.

فهذا الذي ذكره ابن شعبان كأنه مخالف لأصل المذهب، لكن يمكن الاعتذار عنه بأن هذا البيع لمّا كان مجمعاً على منعه وتحريمه كان غير منعقد ولا فيه شبهة العقد، وأصل سحنون في هذا أنّه لا يضمن كما لا تضمن البياعات الفاسدة، لولا أن ابن شعبان قال: إن فات في يد النّصرانيّ ضمنه بقيمته. فهذه الزيادة التي أضافها إلى فسخ البياعات كلها يمنع من إجرائها على طريقة سحنون.

ولو أنّ مسلماً اشترى من نصرانيّ عبداً نصرانيًّا فأسلم، فإن ابن القاسم ذكر عنه ابن حبيب أنّ هذا المشتري المسلم إذا اطّلع في العبد على عيب فإنّه يردّ على النصرانيّ الذي باعه منه، ثم يباع على النّصرانيّ، وذكر عن أشهب أنّه لا يرد عليه، وإنّما له طلبه بقيمة العيب كما يطلبه بذلك لو فات في يده.

---

(1) سورة النساء، الآية: 141.

وهذا الاختلاف يلتفت فيه، عندي، إلى أصل، كمَا قدّمناه في كتاب الردّ بالعيب، من اختلاف المذهب في كون الردّ بالعيب نقضاً للبيع من أصله، أو كابتداء بيع. حسن القول: أن هذا المشتري المسلم لا يردّه على النّصراني، كما لا يجوز له أن يبيعه منه. وإذا قلنا: إنّ الردّ بالعيب نقض للبيع من أصله، فقد يحسن ها هنا القول بأنّ المشتري يمكّن من ردّه، إذ ليس ردّه كابتداء بيع من النّصراني.

والجواب عن السؤال الخامس/ أن يقال:

قد ذكرنا أنّه لا يحلّ بيع العبد المسلم من نصرانيّ، لكون الكفر ها هنا كالمنافي لملك المسلم، لكون الملك والاسترقاق نوعاً من أنواع القهر والإذلال. ولهذا فسخنا البيع على أحد قولي **مالك** ومذهب أكثر أصحابه. وبعناه عليه على الرّواية الأخرى.

وإذا أسلم عبد لنصرانيّ فإنّه، أيضاً، لا يصح أن يقرّ ملكه عليه لما في ذلك من استعلاء الكفر على الإسلام وإذلال المسلم. وإذا لم يستقر ملكه عليه وجب بيعه عليه للمسلم. ولا يؤخّر ذلك إلا بحسب الإمكان، وإنّما يبقى النّظر هل يجوز أن يبيعه النّصرانيّ على أنّ الخيار له أياماً، لكون إثبات الخيار له في البيع يقتضي كون ضمانه منه وخراجه له، فكأن حكم الملك باقٍ عليه. أو يقال: فإن مدّة الخيار ممّا قد يحتاج إليها استقصاء للثّمن والبحث. فهذا ممّا ينظر فيه.

لكن لو باع النّصرانيّ عبده النّصرانيّ على الخيار أيّاماً فأسلم العبد، فإنّه إن كان الخيار للمشتري، وهو نصرانيّ، استعجل في استعلام ما عنده مما له الخيار فيه من ردّ البيع وإمضائه. لأنّا إن لم نستعجل في ذلك، وأمهلناه بقية أيّام الخيار، اقتضى بنا[1] العبد المسلم في حكمه وحكم ملكه وهو لا سبيل إليه.

ولو كان مشتريه مسلماً فاشتراه بالخيار فأسلم العبد في أيّام الخيار،

(1) في المدنية اقتضاها، وكلاهما غير واضح ولعله: اقتضى بقاءَ.

فظاهر **المدوّنة** أنّه يمهل المشتري المسلم إلى انقضاء أيّام الخيار، لأنه قد تعلّق له حق بالتّأخير إلى هذا الأمد، وهو حق مسلِم، فلا نبطله لحق مسلِم آخر وهو الذي أسلم.

كما لو استأجر المسلم عبداً نصرانيًّا وسيّده نصرانيّ فإنّه لا تبطل الإجارة لتعلّق حق مسلم بها، فلا يبطل حق مسلم وهو المستأجِر لحقّ العبد المستأجَر الذي هو باق في الإجارة على ملك سيّدِه، وهو في الإجارة[1] إذا كان أمدها بعيداً لا يصح البيع. فهذا أيضاً يجري على ما ذكرناه في تأخير المسلم إذا كان له الخيار أمداً معلوماً لتعلّق حقّه بذلك. فالحكم جار على أسلوب واحد في مراعاة حق مسلم فيما له من تأخير الخيار أو تأخير أمد الإجارة مع كون ملك الرّقبة لم يخرج عن الكافر.

بخلاف أن يكون المشتري بالخيار كافراً فإنّه يبطل حقّه في تأخير الخيار لحقّ المسلم وهو العبد، وحق العبد المسلم مقدّم على حق الكافر. بخلاف حقين تعارضا بين مسلمين.

ولو كان المشتري نصرانيًّا والعبد نصرانيًّا فأسلم، والخيار للبائع وهو مسلم، فهل يجوز للبائع المسلم أيضاً البيع للنّصراني أم لا؟ هذا قد يجري على القولين في بيع الخيار إذا أمضي هل يقدّر أنه إنّما عقد حين إمضائه، فيقتضي هذا منع المسلم البائع من إمضاء البيع في عبده، الذي أسلم، من النّصراني الذي اشتراه، لكون هذا كابتداء بيع مسلم من نصرانيّ.

وإن قدّرنا أنّ البيع إذا أمضي فإنّه لم يزل ماضياً حين العقد، فهذا قد يقال فيه: إنّ له إمضاء البيع ولا يكون كمبتدي بيع عبد مسلم من نصراني، لأن هذا البيع إنّما عقد في حال يجوز فيه العقد. وزمن العقد هو المعتبر على هذه الطريقة لا زمن إمضاء الخيار.

وإذا تقرّر وجوب بيع العبد إذا أسلم على سيده النّصراني وأن الغرض بهذا

---

(1) من قوله: (على ملك).... إلى (الإجارة) ساقط من المدنية.

زوال الملك عنه، والملك يزول بالعتق وبالهبة والصدقة فإذا أعتقه سيّده النصراني فقد حصل الغرض من إزالة ملكه عن العبد. وكذلك لو تصدّق به أو وهبه لمسلم وزالت يده عنه، فإنّ الغرض أيضاً قد حصل وهو زوال ملك النّصرانيّ عن المسلم.

لكن لو كانت هذه الهبة أو الصدقة على ولد صغير مثل أن تكون نصرانية لها زوج مسلم، وله منها ولد صغير، فإن عبد هذه النّصرانيّة إذا أسلم فتصدّقت بالعبد على ولدها/ الصغير فإنّ الغرض أيضاً قد حصل من زوال ملكها عنه. لكون ولد المسلم مسلماً، وكون الصّدقة لا تعتصَر. وأمّا إن وهبته لولدها الصغير فإنّ الأشياخ اختلفوا: هل يكتفى بهذا في خروج ملكها عنه أم لا؟ فمنهم من ذهب إلى أن ذلك يكتفى به ويغني عن بيعه عليها لكون ولدها الذي وهب هذا العبد له مسلماً وأبوه يحوز له ما يملك، فقد تحقق زوال الملك وزوال اليد عنه من جهة سيدته النّصرانية، وإذا حصل الغرض لم تبق عليها مطالبة بعده. ومنهم من ذهب إلى أنّ ذلك لا يكتفى به لكون أحد الأبوين إذا وهب لولده هبة فإن له اعتصارها والرجوع فيها، فكون هذه النصرانيّة قادرة على ردّ هذا العبد إلى ملكها يصيّر العبد كأنّه باق على ملكها لم يسقط ملكها عنه.

واختلافهم هذا قد يجري على ما اختلف فيه المذهب من كون من قدر على أن يملك هل يعدّ كأنّه مالك الآن أو لا يعدُّ مالكاً حتى يصرّح بأنّه قد ملك ما جعله له الشّرع أن يملكه؟

وقد اعتضد من قال: إن هذه الهبة لا تكفي ها هنا في الغرض المقصود لأجل القدرة على الاعتصار بما ذكره في **المدوّنة** من أن رجلاً إذا كان عنده أختان مملوكتان فوطىء إحداهما، فإنه لا يحل له وطء الأخت الأخرى حتى يفعل ما يحرم عليه الأولى، الّتي وطئها، من عتق أو بيع وشبه ذلك. ولا يجزي في ذلك هبتها لولدٍ له صغير لكونه قادراً على اعتصار هذه الهبة منه. فقدر أن قدرته على ردّها إلى ملكه يصيرها كمن لا يخرج ملكها عنه.

وانفصل الآخرون عن هذا بأنّ هذا الذي يملك أختين مسلم يجوز له أن يعتصر ما وهب لولده. وهذه النّصرانية لا يجوز لها أن تعتصر العبد الذي وهبته لولدها إذا أسلم، كما لا يجوز لها أن تشتريه. فإذا كانت ممنوعة من اعتصاره لكون الكفر المنافي لاسترقاق المسلم، لم يقدّر أنها مالكة لهذا العبد كما قدّر ذلك فيمن ملك أختين وطىء إحداهما ثم وهبها لولده.

ولو أنّ هذا العبد، لما أسلم، لم يخرجه سيده عن ملكه حتى تعدّى فاستدان عليه ديناً فرهنه فيه، فإنّ هذا لا يكتفى به في إخراجٍ من ملكه، لكون الرّهن باقياً على ملك راهنه. وقد ذكرنا أنّه لا يصحّ أن يبقى المسلم في ملك الكافر. فإذا لم يصحّ هذا وجب بيع العبد على راهنه، لحقّ الله تعالى في ذلك، وحق العبد. فإذا بيع وجب تسليم الثمن لمن كان في يده رهناً بدلاً من عين العبد الذي إنّما عامل راهنه على أن أخذه ثّقة لحقه. إلاّ أن يدفع الرّاهن رهناً يكون ثقة بهذا الحقّ فيأخذ الثّمن لأنّ من بيده الرهن إنّما تعلّق حقّه بعين الرهن، وقد غلبه الشّرع عليها، فجعل ثمنها رهناً بدلها. فإذا أتى الرّاهن بثقة حقّه أخذ الثمن، وصار ما أتى به بدلاً عن العين التي غلب الشّرع عليها.

ومن الأشياخ من يشير إلى أنّ هذه المعاملة الّتي وقعت على أخذ عين هذا العبد فغلب الشّرع عليه فإنّ ثمنه ها هنا يعجل للمرتهن عنده لكون راهنه تعدّى في رهنه. فإذا بيع عليه صار كأنّه هو الذي باعه ليقضي ثمنه في الدّين.

ومنهم من يشير إلى أنّ إبقاء الرّواية على ظاهرها وإطلاقها في أنّه إذا أتى برهن ثقة حق من كان العبد بيده رهناً مُكّن من أخذ الثّمن سواءاً وقعت المعاملة على ارتهان عين هذا العبد، أو وقعت المعاملة على أن يأتي برهن ثقة الحق، فأتى بهذا العبد.

ولو أنّ/ سيّد العبد عقد فيه إجارة، وهو نصراني، من رجل نصراني، فأسلم العبد وقد بقي من الإجارة مدة، فإنّ العقد ينحلّ، ويؤدّي المستأجر إجارة ما تقدّم من الزّمن قبل إسلام العبد، ويفسخ العقد فيما بقي من أمد الإجارة.

وهذا الذي ذكره في هذه الرواية يمكن أن يكون بناء على أحد قولي **مالك** ومن وافقه من أصحابه في أنّ العبد المسلم إذا بيع من نصرانيّ فسخ البيع. وأمّا على الرّواية الأخرى، فإنّه تباع منافعه بقيّة أمد الإجارة على النّصرانيّ الذي استأجره كما يباع عليه إذا اشتراه.

وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ من له دين على رجل باع الدّين من عدوّ للمديان إن هذا البيع يفسخ ولم يقل: إنّ هذا الدّين يباع على مشتريه الذي هو عدوّ من هو عليه. كما قال في عبد مسلم اشتراه نصراني أو مصحف اشتراه نصرانيّ، فإن ذلك يباع عليه لكون الكافر عدوًّا للمصحف والمسلم.

وقد اعتذر عن هذا بأنّ الدّين يتعذّر فيه تعذراً يلحق فيه ضرر لمن يباع عليه. فلهذا فسخ البيع فيه. والمصحف والعبد لا يتعذر بيعهما. فلهذا قيل: إنّهما يباعان ولا يفسخ البيع فيهما.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

أما أمير المؤمنين فإنّه إذا عاقد مهادنة وصلحاً على المسلمين بينه وبين قوم من الحربيين، فإنّ ذلك العقد يلزم سائر المسلمين في شرق البلاد وغربها، وحيثما كانوا. وما من سواهم من ولاة الأمور الذين ولاهم فإنّهم أيضاً يجوز عقدهم على مقتضى ما أذن لهم فيه أمير المؤمنين.

فإذا ولّى أحداً على إقليم معيّن أو بلد معيّن لا ينفد حكمه وعقده إلاّ فيما كان ما عقده لازماً على ما ولّي عليه دون غيره من البلاد التي لا ولاية له عليها.

وأمّا من ولي بحكم سيفه واقتداره، لا بولاية الإمام اللاّزمة طاعته، فإنّ هذا له حكم آخر. فإذا أغار قوم من الحربيين على قوم من الكفّار قد عُقِد لهم صلح وهدنة، فإنّه لا يجوز للوالي الذي عقد لهم أن يسبيهم ويملكهم. ولا يجوز ذلك لمن عقد ذلك عليه من المسلمين ممّن له ولاية عليه وهو من رعيته.

وأمّا إن سباهم قوم حربيون وأغاروا عليهم ثم أتوا بهم إلى الوالي الذي هادنهم، فهل يجوز له ولرعيته أن يشتريهم أم لا؟ هذا فيه قولان: المشهور

منهما أنّ ذلك لا يجوز. وذكر ابن **شعبان** أنّه جائز. وسبب الخلاف في هذا الالتفات إلى ما يقتضيه لفظ المعاقدة فإن كانوا عقدوا وهادنوا الملك المسلم على أن لا يسبيهم بنفسه ولا يشتريهم ممّن يسبيهم فإنّ هذا العقد يجب الوفاء به ولا يجوز لهذا المَلِك المسلم ولا لأحد من رعيته شراؤُهم. وإن عاقدهم على أن يكفيهم مؤونة نفسه وإن سباهم غيره اشتراهم، فإنّ هذا يبيح شراءَهم له ولرعيته. وإن أطلق المهادنة والصّلح فها هنا قد يحسن الخلاف: هل يتضمّن هذا الإطلاق ألاّ يشتريهم ممّن أتى بهم أو لا يتضمّن إلاّ كونه ألاّ يسبيهم ولا يحاربهم ويستبيحَ أموالهم.

ولو عاقد الإمام قَوماً على أن يدفعوا إليهم كل عام عدداً معلوماً من الكفّار فأتوا بذلك العدد من جملتهم ممّن لهم حكم عليهم (   )(1) تبع لهم كأبنائهم، فإنّ هذا العقد إن كان على التأبيد أو إلى أمد طويل فإنه لا يجوز للإمام أن يقبل ذلك منهم لكون من أتَوْا به قد دخلوا في العقد والمهادنة. وأمّا إن كان قد عاقدهم وهادنهم إلى مدّة لطيفة كالسنتين/ والثلاث، ففي هذا قولان: أحدهما أنّه يجوز للإمام قبول ذلك منهم لكون الأمد اللّطيف لا يتضمّن دخول الأبناء والنساء فيه، بخلاف الأمد الطويل الذي يقتضي كبر الأبناء ودخولهم في العقد والمهادنة. وفي كتاب **ابن حبيب** أنّ ذلك لا يجوز. وقدر أنّ الأمد، وإن كان قليلاً، فإن المهادنة تتضمّن دخول أبنائهم فيه.

وأمّا الكفّار إذا دخلوا بلدنا للتّجارة بأمان فأرادوا بيع أولادهم ونسائهم، فإنّهم لا يمنعون من ذلك لكون التأمين إنّما تضمّن أنفسهم وأموالهم لا أبناءهم ونساءهم. وفي **الموّازية** لا يشتري منه زوجته وأبناءه الكفّار كما لا يشتري منه صاحبَه إلاّ أن يرضى صاحبه بذلك.

والجواب عن السؤال السّابع: أن يقال:

أما من كان مالكاً لماله على الحقيقة ملكاً لا يُقدر على إزالته من يده إلاّ

---

(1) بياض في النسختين بمقدار كلمة.

برضاه، فإنّ حكم الرّبا فيُقَدَّر فيه على حسب ما قدّمناه في كتاب الصّرف.

وأمّا من كان يباح له أخذ ماله بغير رضاه، كالعبد والحربي، فإنّ العبد لسيده أن ينتزع ماله من يده بغير اختياره. فإذا باع منه سيده ديناراً بدينارين أحدهما من العبد، فكأن الدينار الثاني انتزعه منه بحكم ما جعل له الشرع من انتزاع ما في يديه. ولو أنّ العبد دفع إلى سيّده ديناراً في دينارين لكان أيضاً إنما أعطى السيّد ماله وهو كخزانة أخذ السيّد منها مالاً ووضع فيها مالاً أكثر منه أو أقلّ. وهذا قد تقدم بيان حكمه. وسبب الخلاف فيه.

وأمّا الحربي فإنّه يجري على هذا الأسلوب. فإنّا، وإن قُلنا: إنّ الحربيّ مالك لما بين يديه لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَـُٔوهَاۚ ﴾[1]. فأضاف المال إليهم، وهم ممن يعقل، والإضافة لمن يعقل إضافة ملك لا إضافة اختصاص. فإنّ للمسلمين غزوهم وأخذ أموالهم بالسّيف والقهر، فصار المسلم كالقادر على انتزاع ما في يد الحربي بالشّرع. وإن منعه الحربي بسيفه، فإنّ المسلم المغلوب على حقه، فله أن يأخذه بتحيّل عليه بأن يسمّي ذلك بيعاً. أو يقال: فإنّه يمنع من ذلك لكونه لم يأخذه على جهة القهر والغلبة والغنيمة بل على جهة المبايعة، وهو في الشّرع ممنوع من المبايعة في الرّبا، كما يمنع المسلم من أخذ مال الحربيّ إذا ائتمنه عليه، وإن كان مال الحربيّ مباحاً له، لكن أخذه على جهة الخيَانة في الأمانة ممنوع منه، لورود الشرع بأداء الأمانة لمن ائتُمن عليها. فكما منعت الأمانة من أخذ هذا المال الذي يباح أخذه بالسّيف وبالسّرقة والغصب كذلك تمنع المبايعة التي فيها الرّبا من أخذه أيضاً.

وقد اختلف في المسلم إذا كان ببلد الحرب يتمكّن من وطء امرأة حربي استبرئت، أو حربيّة لا زوج لها، هل يحدّ كما ذهب إليه **ابن القاسم** لأنّ الفروج لا تستباح إلاّ بنكاح أو ملك يمين، وهذا لم يتزوّج ولم يملك، فصار كالزّاني. أو لا يحدّ، كما ذهب إليه **عبد الملك**، لأنه يباح له أخذ الرقبة بالقهر، فإذا

(1) سورة الأحزاب، الآية: 27.

غلب عليها، ولم يغلب على المنفعة، كان له أن يستبيح المنفعة، ويكون كمن وطيء ملك يمينه، لا سيّما والحدود تدرأ بالشّبهات.

وقد اختلف المذهب في قطع من سرق ملك حربيّ نزل ببلد من بلاد المسلمين بأمان لتجارة، فأسقط عنه القطع في أحد القَولين لكون الحربيّ يستباح ماله، وهو إنّما عصم ماله ودمه بسبب الأمان إلى حين، فصارت هذه شبهة ترفع حكم القطع في السّرقة.

والجواب عن السّؤال الثامن أن يقال:

اختلف المذهب في/ جواز معاملة اليهود والنّصارى وغيرهم من أهل الكفّار[1] بالدّنانير والدّراهم المنقوش فيها اسم الله، عزّ وجلّ. فالمشهور، **في المدوّنة** وغيرها، النّهي عن ذلك احتراماً لاسم الله، سبحانه، أن يمسّه كافر وهو نجس، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾[2]. فعلّل هذا الحكم باحترام المسجد الحرام عن النجاسة. فكذلك يجب أن يحترم اسم الله، سبحانه، عن النجاسة. وأجاز **ابن كنانة** معاملتهم بها. وقال: لم يزل اليهود والنصارى والحائض يمسها قديماً وحديثاً، ولا ينكر ذلك أحد من العلماء، فيما علمناه. وهذا يلتفت فيه إلى كون هذا المحرّم نزر الجرم وكونه ممّا تدعو الضرورة إلى إباحته، ألا ترى أنه يمنع السّفر بالقرآن إلى أرض العدوّ، وقد كتب النبيّ ﷺ إلى هرقل ملك الروم: ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا ٱللَّهَ﴾[3] الآية. وهذا لكون هذا ممّا دعت الضرورة إليه مع كونه نزر الجسوم. وكذلك الجنب يقرأ القليل من القرآن متعوّذا، للحاجة إلى ذلك. ولا يقرأ الكثير.

وكذلك الدنانير والدراهم **رأى ابن كنانة** أنّ هذا ممّا تدعو الضرورة إلى

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من أهل الكفر. أو: من الكفار.
(2) سورة التوبة، الآية: 28.
(3) سورة آل عمران، الآية: 64.

اختلطت فيه المنافع مُحرّم بعضها وحِلٌّ بعضها اعتُبِر فيه المقصود منه هل هو المحلل، فيجوز على الجملة بيعها، أو المقصود المحرّم فيمنع بيعه، على ما تقدّم تفصيل القول فيه في موضعه.

وإذا تقرّر أن الخمر لا يحلّ/ شربها، ولا منفعة فيها إلاّ الشرب حرم بيعها، لقوله ﷺ: «**إن الذي حرم شربها حرّم بيعها**»[1] وقوله: «**لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها**»[2].

لكن يبقى فيها نظر آخر وهو صحة حيازتها وإقرارها في يد المسلم.

فأمّا إقرارها في يده وصحّة حوزه لها فإن كان الغرض بذلك شربها فإنّ ذلك يمنع منه، ويوجب إراقتها عليه.

ولو كان ليخلّلها جرى ذلك على الاختلاف بين أصحابنا في جواز استعمالها إذا صارت خلاًّ بِتَخليل من هي في يديه لها. فمن منع استعمالها إذا صارت خلاًّ من قِبَل من هي في يديه لم يصح إقرارها في يديه ولا يصحّ حوزه لها. ومن سهل في أكلها إذا خلّلها أمكن ألاّ يُمنع من بقائها في يديه، ولا تراق عليه إذا أمن من شربه لها خمراً.

ويُثْمِرُ هذا اختلافاً في مسلم غصب خمراً من يد مسلم، فصارت في يد الغاصب خلاّ.

فإن قلنا: إنّ من كانت في يده لا يصحّ منه حوزها ولا تقرّ في يديه، فإنّ ما صار خلاّ في يد الغاصب يكون للغاصب. كما لو وجده في فلاة غير مملوك لأحد ولا عليه يدُ أحد.

وإن قلنا: يصحّ إقرارها في يديه وحوزه لها ليخلّلها. فإنها إذا تخللت كانت لمن غصبت منه. كعبد غصب فَنَمَا في يد الغاصب، فإنّه يعاد إلى المغصوب منه.

---

(1) الموطأ: أشربة 12.

(2) البخاري: أنبياء 50.

فإذا تقرّر هذا عدنا إلى أحكام المبايعة فيها. ولا يخلو التّبايع فيها أن يقع بين كافرين أو بين مسلمين أو بين مسلم وكافر. وهذا القسم الثالث على قسمين أحدهما أن يكون الكافر هو الذي باعها من مسلم أو المسلم هو الذي باعها من كافر.

فأمّا إذا وقعت المبايعة فيها بين كافرين فليس لنا إنكار ذلك عليهما لكون ذلك سائغاً في دينهما الذي أقررناهما عليه.

وإن كانت المبايعة بين مسلمين اتّضح أن كل واحد منهما لا يجوز له بيعها ولا شراؤها ولا أخذ ثمنها، فإن فعلا ذلك وكانت الخمر قائمة لم تفت فإنها تكسر وتُراق، لكون بائعها من مشتريها لا يحلّ لواحد منهما تملكها ولا المعاوضة عليها. فإذا أريقت على البائع، لكونه باع ما لا يحلّ له، لم يلزم المشتري ثمنها، لكونه غير ممكن من المثمون. وإذا دفع الثمن ردّ إليه لكونه ثمناً لما لا يحلّ عند البائع والمبتاع. هذا إذا كانت الخمر قائمة. فإن استهلكت وفاتت عند مشتريها، فإنّ **أبا حنيفة** قال: يتصدّق بالثمن سواء دفعه مشتريها أو لم يدفعه، وهكذا مذهبه إذا تعامل بها مسلم مع كافر وفاتت الخمر، فإنّه يتصدّق بالثمن دفع أو لم يدفع، سواء كان باعها مسلم من نصرانيّ أو نصرانيّ من مسلم.

وأمّا إن تبايع مسلم وكافر، وكان البائع نصرانيًا وكانت الخمر قائمة، فإنّ فيها ثلاثة أقوال: ذهب **سحنون** إلى الصدقة بالثمن، قبضه النّصرانيّ البائع أو لم يقبضه. وذهب **ابن حبيب** إلى أنّه لا يتصّدق بالثّمن قبضه البائع النّصراني أو لمْ يقبضه. فإن كان لم يقبضه النّصرانيّ لم يؤخذ من المسلم، وأُريقت الخمر إذا دفعها النّصرانيّ أو أبرزها للدّفع وإن كان قبضه النّصرانيّ أبقي له، وأريقت الخمر على المسلم. وذهب **مالك** رضي الله عنه إلى التّفرقة، فقال: إن قبض الثمن أقرّ في يديه، فإن لم يقبضه تصدّق به عليه أدباً له.

وأمّا إن كان بائعها مسلماً من نصرانيّ، فقد ذكر **ابن الموّاز** أنّ المسلم

الذي باعها إذا قبض الثّمن أخذ من يده وتصدّق به. فإن كان لم يقبضه فاختلف قول **مالك** في ذلك. فقال مرّة: لا يؤخذ الثمن من النّصراني. وقال مرّة أخرى: يؤخذ الثمن من النّصراني فيتصدّق به. وهو/ اختيار **ابن القاسم**. واختار **ابن المواز** نقض البيع من أصله، فتردّ الخمر من يد النّصراني وتُراق على المسلم. وإن استهلكها النّصراني أغرم مثلَها فتراق على المسلم. وأمّا الثمن فإنّه يردّ على النّصراني، ولو قبضها البائع المسلم. واعتلّ في هذا بأنّ البيع منتقض. وحقيقة النقض له والفسخ أن يرجع الثّمن إلى دافعه والمثمون إلى دافعه، فيراق على دافعه لكونه مسلماً.

هذا الذي وقع من الروايات المشهورة في المذهب في هذه الأقسام.

والذي ينبغي أن يلتفت إليه في النّظر في هذا المذهب أنّه إذا تقرّر كون الخمر لا يصحّ ملك المسلم لها، ولا ملك عوضها، وتقرّر أيضاً وجوب فسخ العقد فيها، وتقَرَّر أيضاً أن التسليط على إتلاف ثمن أو مثمون قد يقتضي سقوط غرامته. اعتبرنا هذه الأصول فقلنا:

إذا باعها الكافر من مسلم، عالماً أنه مسلم، فإنّه ما يستحيل[1] بيعه في دينه، ويعلم أنّ مشتريه لا يحلّ له شراؤه في شريعته الّتي هي الإسلام، فصار كمن دخل على ثمنٍ لا يستحقّه على المسلم الذي اشترى منه الخمر لكونه حراماً في شريعة الإسلام، ودخل المسلم على أنّه يخرج من ملكه هذا الثمن، وشريعة الإسلام تقتضي منع دفعه إلى النّصراني. فصار هذا الثّمن كمال لا مالك له، فوجب الصدقة به، كما تجب في الأموال الّتي لا يعرف لها مالك.

وقد ذكرنا أنّ **ابن حبيب** ذكر أنّ الخمر إذا فاتت فلا بدَّ من إخراج ثمنها من يد من هو عنده والصّدقة به. وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى أصل آخر وهو أنّ من استهلك خمراً للنّصراني ففيه قولان هل تلزمه قيمة الخمر أم لا؟ فإذا قلنا: لا يلزمه قيمة الخمر لكونها محرّمة في نفسها، لا سيّما على القول بأنّ الكفّار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ممّا يستحلّ بيعَه.

مخاطبون بفروع الشريعة، اقتضى ذلك ألاّ يلزم المشتري، إذا كان مسلماً فاستهلكها، ثمنها.

وإن قلنا: إنّ مستهلك الخمر في يد ذميّ يلزمه قيمتها، نظرنا في هذا: هل يلزمه الثّمن أو يسقط عنه.

بخلاف الاستهلاك لها من غير مبايعة لكون النّصرانيّ الذي باعها سلط مشتريَها عليها، وأذن له في إتلافها، مع علمه بأنّه محرم في شريعة الإسلام المعاوضة عليه. وأمّا لو كان النّصراني لم يعلم أنّ مشتريها منه مسلم لكان له المطالبة بالثّمن لأنّه لم يخرجها من يده إلاّ عن عوض تراضياً عليه.

ولو اشتراها من النّصرانيّ نصراني وهو يعلم أنّه اشتراها لمسلم لكان الحكم فيها كما لو باشرها المسلم بالشّراء.

وأمّا إخراج الثّمن من يد النّصرانيّ والصدقة به فإنّا إذا قلنا: إن المسلم، لما باعها، وهو يعلم أنّ ثمنها لا يحلّ له، صار كالمتصدّق به لكونه مَا لاَ مالكَ له، فإنّه يلتفت فيه إلى من التزم صدقة على غير معين، هل يجبر على إخراجها أم لا؟

فهذه النكتة الّتي يجب أن يلتفت إليها وتبنى عليها هذه الروايات التي قدّمناها.

وقد ذكرنا عن مالك رضي الله عنه أنّه قال في المسلم إذا اشتراها من النّصرانيّ، ودفع الثمن إلى النّصراني البائع، فإنّه لا ينزع من يده. وإن لم يدفعه، وأخذ من يد المسلم، نتصدّق به على النّصراني أدباً له. فقد يقال ها هنا: هلاّ قال مالك كما قال سحنون في الصّدقة بهذا المال وإن قبض لكون التأديب في الحالين/ على حدّ سواء.

وهذا عندي وجهه أنّ الثّمن إذا قبض فقد فرغ من العقد، وصار النصراني في يده مال قد قبضه، وهو يعتقد استحلاله واستحقاقه لقبضه، ولم يحتج في أخذه ممّن هو عليه إلى قضية قاض، فلم يلزم القاضيَ اعتراضٌ. وإذا لم يقبضه

النّصراني وطلب به المسلم احتاج إلى أن يرفع إلى القاضي فيحكم له عليه، فإذا حكم له القاضي عليه صار كحاكم بإمضاء بيع الخمر، والحكم بذلك لا يصحّ، فعدل القاضي عن ما لا يصح حكمه إلى ما يصحّ الحكم به وهو الصدقة بمال كأنّه لا مالك له، وقد كنّا قدّمنا عن بعض أشياخي في كتاب الردّ بالعيب أنّه كان يرى أنّ المذهب على قولين في البيع هل. حقيقته العقد خاصّة أو التفاصُل لما تقدم العقد عليه، وإذا لم يحصل قبض الثمن فكأنّ البيع لم تحصل حقيقته فلم يكن للقاضي أن يستأنف حقيقة البيع ها هنا. وقد ذكر في **المدوّنة** في كتاب الردّ بالعيب في ذميّ باع من مسلم جارية بخمر، ففاتت في يد مشتريها بعتق أو استيلاد، فإنّه يرد قيمتها للذميّ، ويغرم الذميّ مثل الخمر فيكسّر عليه. وهذا هو أحد الأقوال الثلاثة، الّتي قدّمناها، من نقض البيع من أصله وردّ كل مبيع لبائعه. أو ردّ قيمته إن فات. وعلى ما ذكرناه من القول الآخر لا يردّ القيمة إلى بائع الجارية لكن يتصدّق بها.

وممّا لا يلحق بهذا النّظر في معاملة الذمّييْن على ما لا يجوز في شرعنا ثم أسلما بعد المعاملة، أو أسلم أحدهما، فلا يخلو: إمّا أن تكون المعاملة نجزت بين المتعاملين، وهما كافران، بتقابض الثمن والمثمون، وكان إسلامهما بعد ذلك، أو أسلما قبل أن يتقابضا لا الثمن ولا المثمون، أو أسلما بعض بعد أن تقابضا أحد العوضين، إما الثمن وإما المثمون.

وهذا نقدم قبله أن تعلم: أن عقود المشركين فاسدة يصححها الإسلام على ما سنبيّنه في كتاب النكاح، إن شاء الله عزّ وجل. ونذكر فيه الاستدلال على هذا. بتخيير النبيّ ﷺ **من أسلم على عشرة نسوة في أن يفارق ستًّا منهنّ ويتمسّك بأربع**[1]. وقد قال تعالى: ﴿ **قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ** ﴾[2] وقال عليه السلام: «**الإسلام يَجُب ما قبله**»[3] وهذا لا يختلف فيه

(1) الموطأ: الطلاق: 76.

(2) الانفال: 38.

(3) أحمد: المسند: 4، 199، 204، 205.

في أنّه يجب ما قبله من آثام الأفعال المحرّمة، والعقود الفاسدة.

وإنما يبقى النظر في إمضاء العقود أو ردّها بعد الإسلام. فإذا تعاقدا على بيع دينار بدينارين إلى أجل، أو بدراهم إلى أجل، أو أسلم دراهم في خمر إلى أجل، إلى ما في معنى ذلك من المحرّمات، فإنّهما إذا لم يتقابضا لا ثمناً ولا مثموناً حتّى وقع الإسلام نقض ذلك عليهما، إذ لم يحصل إلاّ مجرّد القول بينهما. فإن قبض أحد العوضين قبل إسلامهما ولم يقبضْ العوض الآخر، فالمذهب على قولين: مذهب **مالك وابن القاسم** فسخ العقد، تغليباً لما لم يقبض على ما قبض، فكأنّهما أسلما قبل تقابض الثمن والمثمون. ومذهب **عبد الملك وسحنون ومحمد بن الحكم** إمضاء العقد، تغليباً لما قبض على ما لم يقبض، حتى كأنّهما تقابضا الثمن والمثمون قبل إسلامها. لكن يشترط أن يكون الذي لم يُقبض يصحّ تملّكه في شرع المسلم، مثل أن يسلم ديناراً في دينارين، فدفع الدّينار وأسلما جميعاً قبل قبض الدّينارين، أو أسلم ديناراً في دراهم ثم أسلما جميعاً قبل قبض الدّراهم، فإنّ أصل **مالك وابن القاسم** ردُّ رأس المال، والمنع من/ قبض الدّينارين أو الدّراهم المؤخّرة، لأنّ القبض نتيجة العقد وهو المقصود بالعقد، والعقد كالمتّبع تبع له في المقصود. وإذا أسلما جميعاً فإنّ التقابض في الدراهم وفي الدينارين إنّما اقتضاه عقد الرّبا الذي تعاملا عليه، وهما قد صارا إلى شريعة تحرم ذلك عليهما.

وعلى مذهب الآخرين يقبض الدّينارين ويقبض الدّراهم لكون الدّنانير والدّراهم يصح التقابض فيهما في الإسلام وما مضى من العقد في الكفر بحيث ( )[1] الآثام فكأن التقابض وقع عن عقد صحيح جائز.

وهكذا ذكر **ابن الموّاز** فيمن أسلم ديناراً في دراهم، ثم أسلم المتبايعان قبل قبض الدّراهم، أنّ الدّراهم تقبض.

وهكذا اختلف في نصرانيّة تزوّجت نصرانيًا، فأسلما معاً قبل الدّخول، وقد قبضت النصرانيّة الخمر قبل إسلامها. فإنّ أحد القولين أنّ الزّوج لا يمكّن

(1) كلمة غير واضحة.

منها إلاّ بعد أن يدفع صداق المثل بناء على أنّ قبضها للخمر لا تأثير له، والعقد لا يجب إمضاؤه لكن كبيع فاسد فات يُرجع فيه إلى القيمة، والعقد على هذا كالفوت يجب فيه الرّجوع إلى قيمة البضع وهو صداق المثل. وعلى القول الآخر يمكن الزّوج من الدّخول بها من غير غرامة تلزمه بناء على أنّ العقد لا يفسخ وكأنهما تقابضا الثمن والمثمون قبل إسلامها. ولو كان المسلم في خمر ثم أسلم المتبايعان قبل قبضهما، يجري ذلك على ما أصّلناه من الخلاف. فقد قال **سحنون** في **السليمانية**: ليستمسك المسْلم إليه برأس المال من غير عوض يلزمه. وهذا إبقاء منه على إمضاء عقودهم الفاسدة إذا وقع الإسلام منهما بعد عقدهما، فلا يلزم قابض رأس المال أن يردّه لأنّ ردّه إلى دافعه فسخ له.

ومذهب هؤلاء أنّ العقد لا يفسخ لوقوع إسلامهما. لكن **سحنون** رأى أنّ الواجب لمّا قبض المسلَم إليه رأس المال ولم يوجب عليه ردّه، أن يغرم الخمر الّتي هي عوض رأس المال الذي أمضيناه له، وهو لا يصحّ منه غرامتها لكونه أسلم، والمسلم لا يسوّغ له شراء الخمر ليقبضها في دين، ولا يسوغ أيضاً لمن أسلم فيها أن يعطاها، ولو أعطيها لأريقت عليه، فاقتضى هذا بطلانها من الذمّة، وإمضاء رأس المال لقابضه من غير غرامة عليه. وسلك **محمد بن عبد الحكم** هذه الطّريقة في إمضاء العقد وكونه لا يفسخ ولم يقبّض[1] بالخمر لما عللّناه به من منع القضاء بها، فعدل عن ذلك إلى أن يكلّف من بنى عليه غرامةً غرامةَ قيمتها عوضاً عن عينها، لما استحال عنده القضاء بالعَيْن، لكونها لا يصحّ ملكها في الإسلام، ورأى أنّ من أسلم دنانيره في خمر فيقضى بأن لا تردّ إليه، ولا يأخذ عنها عوضاً إضراراً به، ومخالفة لما تعاقدَا عليه، فعدل إلى إغرام القيمة لرفع الضرر وطلباً للمساواة بين المتعاملين.

وعلى الطريقة الثانية في أنّ العقد يفسخ من أصله، يردّ عليه رأس المال. فكأن هؤلاء أمروا بردّ رأس المال ليتحقق فسخ العقد، إذ لو لم يردّ لم يكن للفسخ معنى

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يقْضِ.

ورأى **ابن عبد الحكم** أن العقد لا يفسخ، ولكن يردّ عوض ما لا يحل تملك قيمته. والقيمة عنده لا تعتبر حين العقد[1]، كانا يعتقدان جواز ما صنعا وإنّما اعتقدا إبطاله لما أسلما، فتكون القيمة يوم المحاكمة لمّا أسلما. وهكذا اختلف أيضاً في النصرانيّة إذا تزوّجت نصرانيًّا بخمر، ودخل بها الزّوج قبل أن يدفع الخمر، ثم أسلما. فقيل: عليه صداق المثل، بناء على أنّ العقد يفسخ، وترجع إلى/ قيمة السّلعة الفائتة لعقدٍ فاسد كما قدمناه. وقيل: لا شيء على الزّوج سوى الخمر الذي بذله صداقاً، وهو لو دفعه إليها لما أسلمت لأريق عليها، فلا فائدة في المطالبة به. وعلى قول **محمد بن عبد الحكم** يكون قيمته بدلاً من عينه.

فحصل من هذا أنّ ما يحلّ تملّكه فيه قولان، هل يفسخ ويقضي بردّ رأس المال أو يمضي ويقضي بأخذ العوض عن رأس المال على ما هو عليه؟

وإذا كان لا يحلّ تملّكه كالخمر ففيه ثلاثة أحوال:

فسخ العقد وردّ رأس المال.

وإمضاؤه وسقوط العوض الذي هو الخمر فلا يغرم لتعذر غرامته وكأنها كالمستحيلة في حق المسلمين فبطل العقد.

أو يغرم القيمة بدلاً من العين الّتي لا تحلّ.

وأمّا إذا أسلم أحد المتعاملين وبقي الآخر على دينه. فإذا قلنا: إنه لا يفسخ العقد إذا أسلمَا جميعاً، وقد قبض أحدَ العوضين، مع كونهما يَدِينَان بِدِينِ الإسلام الذي يحرّم عليهما فيه استئناف مثل هذا العقد. فكذلك إذا أسلم أحدهما مع كون الآخر تعلّق له حقّ، وهو يعتقد أنّ العقد الذي فعل حلال له.

وإذا قلنا بفسخ العقد إذا أسلما جميعاً، فإن **ابن القاسم** ذهب إلى فسخه، لكونه حكماً بين مسلم وذميّ، والحكم بينهما كالحكم بين المسلمين.

وأمّا **مالك** فإنّه يتوقّف في ذلك إذا تعلّق للنّصراني حقّ في إمضائه، فقال:

---

(1) هكذا النصّ، والمعنى يقتضي إضافة: إذ.

إن أسلم ذميّ إلى ذميّ ديناراً في دينارين، فإنّه إن أسلم الذي دفع الدينار لم يكن له سواه، لكون الفسخ على مقتضى دين الإسلام، الذي رجع إليه لا يوجب له إلاّ رأس ماله، ولا مضرة على المسلم إليه الذي بقي على دينه، بل الفسخ أنفع له لكونه إذا لم يفسخ ذلك ألزم ديناران فإلزامه ديناراً واحداً منهما أنفع له وأخفّ عليه. وأمّا إن أسلم الذي عليه الدّيناران فإنّ **مالكاً** رضي الله عنه، قال: لا أدري. لأنّه إذا فسخ العقد في حقّ هذا المسلم لحق النّصراني ضرر بإسقاط دينار كان استحقه لما عقد هذا العقد، والمتعاقدان نصرانيان. فإن أمر الذي أسلم بدفع دينارين فقد تمّم العقد وأمضاه عليه، .وهو في دين الإسلام محرّم ممنوع.

وقد ذكر في **الموازية** في نصراني أسلم ديناراً في دراهم إلى أجل لنصرانيّ مثله، ثم أسلم دافع الدّينار، فإنّه يفسخ العقد في حقه خاصة. لكون هذا حراماً في دين الإسلام. ولا يفسخ في حقّ النّصراني الذي بقي على دينه. وإذا لم يفسخ في حقّ النّصراني قضي عليه بإخراج الدراهم الّتي في ذمته. ونهي المسلم عن أخذها، لئلا يكون متهماً لعقد عقد على ربا. فتباع الدّراهم، ويشتري بها ديناراً. فإن قصرت الدراهم عن الدّينار كان ذلك مصيبة على دافع الدّينار. وإن ساوته أخذ الذي أسلم الدّينار رأس ماله. ووافق ذلك طريقة من فسخ العقد في حقهما جميعاً وردَّ رأس المال. وإن فضل من الدّراهم فضلة ردّت للنّصراني، لكون المسلم حرام عليه أخذها. فتعود إلى ملك النّصرانيّ الّذي دفعها. وهذا كالأمر بردّ رأس المال فيمن أسلم ديناراً في دينارين. ولكنّه ها هنا لمّا كان قد يلحق النّصراني ضرر في القضاء عليه بدينار، لكون الدراهم نقصَ قيمتها عن الدّينار، أو لتعذر الدّينار عليه، روعي حقّه في ذلك، على حسب ما قلناه.

وأمّا إن أسلم ديناراً في خمر، والمتعاقدان على ذلك نصرانيان، فأسلم الّذي عليه الخمر، فإنّه يفسخ العقد في حقّه، ويردّ رأس المال، ولا يراعى في ذلك حقّ النّصرانيّ، لكون الخمر يستحيل من المسلم/ تملّكها في شَرعه، ولا يجوز له شراؤها. فصار النصرانيّ وإن تعلّق له حق بأن لا يفسخ العقد، ويطلب الخمر التي أسلم فيها، فإنّه لمّا استحال وجودها عند المطلوب استحال طلبه،

ووجب فسخ العقد. كمسلم اشترى سلعة معيّنة فيها حق توفية، فهلكت لمّا استحال طلب المثمون[1] إذا هلك، أو أسلم في شيء فطرأ ما أحال وجودَه.

وإن أسلم الذي له الخمر فقال **مالك** هاهنا: لا أدري. لأنّه إن فسخ العقد وأمر النّصرانيّ الذي عليه الخمر بردّ رأس المال، وقد تعلّق له حقّ بأن لا يرد إلاّ عوضه لَحِق النّصراني في ذلك ضرر. وإن أمر النّصراني بأنْ يدفع ما عليه من خمر مراعاة لحقّه، لَحِق الذي أسلم ضرر لكونه لا يحلّ له تملّكها، وإذا أخذها أريقت عليه. فتوقف **مالك**، رضي الله عنه، في هذا لأجل تعارض الحقّين. وقد ذكر عن **ابن القاسم** أنه قال: يغرم النّصرانيّ الخمر وتراق على المسلم إمضاء للعقد في حقّ النّصرانيّ، كما[2] يلحقه في فسخه من الضّرر، وإذا أمضي العقد في حقه وجب إراقة الخمر على الذي يصير إليه إذ لا يحلّ له ملكها ولا شربها.

وقد قيل في سلف الخمر، إذا أسلم الذي دفعها قرضاً مثل هذا كما نذكره الآن. وهذا على هذه الطريقة. وقال **عبد الملك**: إذا أسلم الذي عليه الخمر لم يكن عليه غرامة، ولا للطّالب الذي دفع رأس المال فيها مطالبة بشيء. وهذا كمثل ما حكيناه عن **سحنون** في **السليمانيّة** أنّه إذا أسلمها[3] جميعاً فإنه يسقط الخمر عن من هي عليه ولا مطالبة عليه برأس المال ولا غيره.

وعلى طريقة **محمد بن عبد الحكم** يغرم الّذي عليه قيمتها عوضاً عن عينها لمّا استحال ملكه لها وشراؤه إيّاها شرعاً.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ هذا يقدر بإسلامه كمن استهلك خمراً في يد نصراني، فإنّه يغرم قيمتها على إحدى الطريقتين عندنا.

وهذا البناء على هذا الأصل يعترض بأنّ الذميّ لا يجوز للمسلم أن يُقبضه

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لما.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أسلما.

ما في يديه من خمر، لأنّه عهد[1] على إقرارها في يديه. فإذا تعدّى المسلم عليه طولب بالتعدّي، وهذا غير متعدٍّ بإسلامه بل هو مأمور به، فلا يقدر إسلامه ورجوعه إلى الدّين الحق تعدّياً على النّصراني حتى يطالبه النّصراني بما أتلف، ولا يتهم أحد في أن يسلِم ويدين بدين الحق ليبطل خمراً وجب عليه في حال كفره.

هذا حكم تعاملهما على جهة المعاوضة في الخمر والرّبا.

وأمّا لو أسلف خمراً أو خنزيراً ثم أسلما جميعاً، فإنّ الخمر يسقط الطلب بها، لكونها حرمت على الطالب والمطلوب، ها هنا، لما أسلما.

وإن أسلم الذي دفعها وأسلفها فإنّه ذكر في **الموّازية** أنّ المطالبة ساقطة أيضاً بينهما، أسلم الطالب أو المطلوب. .وذكر **ابن القاسم** أنّ الطّالب إذا أسلم قضي على المطلوب بأن يدفع إليه الخمر فتراق، أو الخنزير فيقتل. وإن أسلم المطلوب غرم قيمتها لتعلّق حقّ النّصراني بأن يردّ إليه ما دفع. والذي عليه الخمر والخنزير لا يصحّ منه شراء ذلك ولا ملكه، فكلّف أن يدفع عنه عوضاً يجوز في دين المسلمين أن يتملّكه ويشتريه ويقضيه في دين عليه.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

الرّبَاع الذي[2] في بلد الكفّار على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المسلمون صالحوهم على ألاّ يقاتلوهم ولا يبيحون من أموالهم بعوض يأخذونه/ منهم.

والثاني: أن يكون المسلمون استولوا عليهم الأرض وفتحوها عنوة وأقرّوا سكّانها فيها الذين كانوا أهل حرب.

والثالث: أن تكون أرضاً أجْلِي عنها أهلها، وتركوها خالية، فراراً من أن يغزوهم المسلمون.

فأمّا الأرض الّتي صالحوا عليها بعوض يؤخذ منهم، فإنهم يبقون فيها

---

(1) هكذا في النسختين ولعل ما يقتضيه المعنى أن يغصبه ما في يديه. . . لأنه عاهد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التي.

على ما كانوا عليه قبل الصلح لا تنزع من أيديهم ولا تباع عليهم، ما داموا يؤدّون ما صالحوا عليه، لأنّ نزعها من أيديهم وبيعها عليهم نقض لما عاهدناهم عليه. وإذا مات منهم أحد وَرِثَه ورثته يرثون أرضه وماله. وإن لم يكن له ورثة في ماله قولان: قال **ابن القاسم** يكون للمسلمين، وروي عنه أنه قال: يكون ملكاً لأهل بلده يستعينون به فيما عليهم من الأداء الذي صولِحوا عليه.

فكأنه أجراه في القول الأول مجرى مسلم مات ولا وارث له، فإن ماله يكون للمسلمين فلا يكون من لا وارث له من الكفار أعظم منه رتبة في منع المسلمين من ماله.

وكأنّه قدر في القَول الآخر أنّ الصّلح عُقد على أنّ من مات منهم يستعينون بماله إذا لم يكن له وارث منهم بالقرابة.

وهذا يقتضي النظر فيه اعتبار كيفية الصّلح. فإن كانت المعاقدة على أنّ من مات ولا قريب له منهم يرثه، فإن ماله لهم بأنّه لا ينبغي أن يختلف في أنّ ماله يبقى لهم لكون الشّرع منعنا من نقض العهد الذي عاهدناهم عليه. وإن عاهدناهم على أنّ من مات ولا وارث له فلا حقّ لهم في ماله، فلا ينبغي أيضاً أن يختلف في أنّه لا يجب تمكينهم منه، لأنّهم أهل حرب بقي الحكم فيها على الأصل الذي كان عليه من استباحة أموال أهل الحرب.

ولكن إذا أطلق الأمر في المعاهدة وجب النّظر في المفهوم منها، وعلى ماذا يحمل إطلاقها من القسمين، فيجوز الحكم فيه. والأظهر مع الإشكال والاحتمال أن يبقى المال على استباحة المسلمين له.

هذا حكم موته.

وأمّا حكم إسلامه، فإن المشهور أنّه إذا أسلم بقيت له أرضه وماله، وسقطت عنه الجزية، وعن أرضه الخراج. وذكر **ابن حبيب** أنّ هذا إنّما يقضى به إذا كان وقع الصّلح على جزية فرضت على كل واحد منهم، وخراج ضرب على كل واحد منهم. وأمّا إذا صولحوا صلحاً مجملاً على مال يؤدّونه فإنّ الأرض لا

تكون لمن أسلم ولا تورث عنه. وهي كالوقف وكالمرتهنة بأيدي المسلمين، ولا يمكّن من صالح عليها من أهل الحرب من بيعها، ولا تكون له إذا أسلم.

وهذا التفصيل الذي فصّله يلتفت فيه إلى ما قدّمناه في كون المصالحة وقعت على أداء جزية فرضت على كل واحد بعينه، وخراج فرض على كل واحد على أرضه. فها هنا إذا أسلم امتنع مع إسلامه أن يطالب بالجزية الّتي هي صغار وإذلال لمن لم يسلم، أو لخراج الأرض التي هي عوض إقراره فيها. والإسلام يعصم به الإنسان الدّم والمال. فإذا كان الصّلح على مال مجمل فإنّ ذلك المال إنّما يطلب به ما يتعلّق بالخراج كالأرض. وكأنّ الأرض مرتهَنَة للمسلمين فلا يمكن الحربي من بيعها. ولو أسلم لم تكن له لكون أصل الصلح عقد على أنّ المسلمين تعلّق لهم حقّ بعينها ما دامت موجودة فتكون الأرض يستعين بها أهل البلد على ما فرض عليهم من الأداء. فإن حاول الصّلحي بيع أرضه، ولا خراج عليها، وإنّما عقد الصّلح على جزية يؤدّيها عن نفسه، فإنّ له بيع أرضه لكونها لم يتعلّق بها حقّ للمسلمين. وأمّا إذا فرض عليها خراج، فظاهر المذهب على قولين: المنصوص منهما، والمشهور: أنّ من هي بيده من أهل الصّلح/ لا يمنع من بيعها. وروى **ابن نافع** عن **مالك** في **المدوّنة** جواز بيعها، ولكنّه قيّد ذلك باشتراطه فيه إذا لم تكن عليها جزية.

وتأوّل الأشياخ عليه أن دليل هذا الخطاب يقتضي المنع من بيعها إذا كانت عليها جزية.

وعلّل الشيخ **أبو محمد** هذا المنع من بيعها إذا كانت عليها جزية بكون هذا البيع إذا كانت على الأرض جزية لا ينفكّ من كونه ضرراً. وأشار إلى أنّا إن قلنا بقول **ابن القاسم** أنّ الخراج يكون على بائعها فإنّ بائعها قد يفلّس أو يتعذّر الأخذ منه، فيجب للإمام بيع الأرض فيما تعلّق بعينها من حقّ، ويخرجها من يد مشتريها، فيصير المشتري اشترى شيئاً لا يعلم هل ينزع من يديه أم لا؟ وإن انتزع فلا يعلم أمد انتزاعه. وهذا منه إشارة إلى أنّ الخراج إذا قضي بكونه على

البائع فأفلس، فإنّه لا تسقط المطالبة وتبقى الأرض في يد مشتريها يغتلّها، والمسلمون يبطل حقّهم فيها. وذكر عن **ابن عبّاس** أنّه كان يرى على هذه الطريقة أنّ البائع إذا أفلس بقي المشتري على اغتلال الأرض، ولم تنتزع من يديه، ولا يطالب بأداه.

فعلى طريقة **ابن عبّاس** يرتفع الضرر في هذا البيع. وعلى طريقة الشيخ **أبي محمّد** لا يرتفع الضرر لكون حقّ المسلمين لا يصحّ إبطاله، مع كون الأرض تغتلّ.

فكأنّ **ابن القاسم** قدّر أن الصلحيّ إذا ضرب على أرضه خراج فإنّه متعلّق به وبذمّته. وذمّته المقصودة بهذا. والأرض في حكم التّبع، لهذا المقصود. وسواء عنده باع هذه الأرض من مسلم لا يصحّ، لأجل إسلامه، أن يطالب بالخراج، أو من ذمّيّ يحلّ محلّ البائع. ومنع **ابن القاسم** لما ذهب إلى كون هذا الخراج على البائع من اشتراط على المشتري لأنّه متى اشترط عليه أحدث في البيع ضرراً، لكون البائع إذا أسلم لم يطالب بالخراج، فصارت الأرض كالمبيعة بثمن، بعضه مجهول، وهو ما يؤدّي مشتريها من الخراج كل عام، فإنّه لا يدرى هل يسلم بائعها منه بعد عام واحد من تاريخ شرائها، فلا يؤدّي المشتري أكثر منه، أو بعد عشرة أعوام أو عشرين عاماً فيتضاعف عليه الأداء. فصار هذا غرراً في الثمن.

وذهب **أشهب** إلى أنّ الصلحي إذا باع أرضه كان خراجها على مشتريها ما دام البائع على دِينه، فإن أسلم سقط الخراج عن المشتري. ولا يجوز عنده أن يشترطه المشتري على البائع لأنّ في ذلك نقل حقّ المسلمين عن عين الأرض، ومطالبته من يغتلّها إلى ذمّة من لا يغتلّ هذه الأرض، وقد يفلس فيضيع حق المسلمين، وتكون الأرض تغتلّ ولا مطالبة له. وقد كنّا قدّمنا في كتاب بيع الغائب أنّ **مالكاً** اختلف قوله في بيع السّلعة الغائبة هل ضمانها من البائع أوْ من المشتري؟ وأجاز بناءً على كل واحد من القولين أن يشترط الضّمان

من في المحلّ الآخر لأجل كون هذا الشرط مختلفاً فيه. فكأنّ الاشتراط صادف محلاً قبل هذا الشّرط هو أصل الحكم فيه.

وقد يقال على هذا التعليل: إنّ تحويل هذا الخراج من محلّ إلى محلّ آخر، بأن يشترطه البائع إذا قيل: إنّه عليه على المشتري، أو يشترط المشتري إذا قيل: إنّه عليه على البائع، يقال الجواز على ما قلناه في تحويل الضمان في بيع السّلعة الغائبة من محلّ إلى محلّ.

فهذا ممّا ينظر فيه فكأن **أشهب** لم يلتفت إلى ما يتصوّر من ضرر في هذا العقد، لكون المشتري يسقط ذلك منه إذا أسلم البائع، لأنّ الغالب عنده في أهل الكتاب أنّهم لا يتنقلون عن دينهم. / فصار إسلامه، وإن جوز عقلاً، غير ملتفت إليه عند هاذين المتبايعين.

وأمّا أرض العنوة فإن المسلمين قد ملكوها بالغلبة عليها والقهر لأهلها، فهي من جملة ما غنموه. وقد قال تعالى: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ﴾[1] الآية. فاقتضى هذا أنّ الأربعة الأخماس للغانمين. ولهذا قال، في إحدى الرّوايات عنه: إنّ أرض العنوة تقسّم، أخذاً منه بعموم هذه الآية قياساً على سائر ما أخذوه وغنموه من أموال أهل الحرب. وأيضاً فقد قسّم النبيّ ﷺ أرض **خيبر** لمّا فتحها عنوة[2]. وقال مرّة أخرى: لا تقسّم لأنّ النبيّ ﷺ فتح مكّة عنوة على مذهبه، ثم أجمعوا أنّه لم يقسمها[3]. وقد ذكر **عمر** أنّ الرّأي عنده ألا تقسم أرض العنوة لأجل من يأتي بعد عصره من المسلمين كما قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾[4] الآية فذكر هذا بعد ذكره ما أفاء الله على رسوله ﷺ[5]. ولهذا قال **مالك**: لا تباع مصر. لأنّها أقرّت لمن يأتي من المسلمين، وأرضها

(1) سورة الأنفال، الآية: 41.
(2) أبو داود: السنن: ؛ كتاب الخراج والفيء والامارة: 2/141-144.
(3) أبو داود: السنن: كتاب الخراج والفيء والامارة: 2/144، 145.
(4) سورة الحشر، الآية: 10.
(5) ابن سلام: الاموال: 60-61.

كالحبس الموقوف على المسلمين[1] ولهذا لا تباع عنده ديار **مكّة** بناء على أصله لأنّها فتحت عنوة.

وقد اختلف النّاس في بيع رباع مكة وإجارتها. فمذهبنا بيع رباعها وإجارتها. وبه قال أبو حنيفة. وإن كان أبو حنيفة قال: أكره بيعها لكنّ أصحابه حملوا قوله هذا على التحريم للبيع. وذهب الشافعي إلى جواز ذلك. ومذهبه أنها دُخلت صلحاً.

وقد اختلفت الظواهر والأقيسة في جواز بيع ذلك أو منعه.

واستدل من منع ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[2]. ورأى هذا كناية عن الحرم كلّه، وما أحاط به من المسجد والدّيار. وعضد هذا بأنّ المصلحة المنع من ذلك لكثرة الوارد عليها لقضاء فريضة الحجّ على العباد، فتمسّ الحاجة إلى كون رباعها مباحة للواردين غير مقصورة للسّاكنين. وبأنّ **مكّة** كلّها يُمنع الصّيد في ديارها، كما يمنع في المسجد الحرام، فدلّ أنّهما سيّان. وأيضاً فقد روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: **رباع مكة لا تباع ولا تؤاجر**[3]. وهذا نصّ في عين المسألة.

ويستدلّ الآخرون بأنّ النبيّ ﷺ، لمّا أتى مكّة عرض عليه النّزول في رباعه فقال: **وهل ترك لنا عقيل ربعاً**[4]؟ **وكان أبو طالب** أسلم أبناؤه قبل وفاته وهما علي وجعفر رضي الله عنهما. وتأخّر إسلام **عقيل** إلى أن مات أبوه أبو طالب فورثه دون ولديه المسلمين وباع رباعه[5]، فأشار عليه الصّلاة والسّلام بقوله هذا إلى إمضاء بياعاته وإمضاء ميراثه. فلو كان البيع لرباعها لا يجوز لم يُمْضه ﷺ، ولأخبر أنّ هذه البقعة تختصّ، لحرمتها، وحاجة النّاس للورود عليها، لمنع بيعها بخلاف سائر البلاد.

---

(1) ابن سلام: الاموال: 60-61.

(2) سورة الحج، الآية: 25.

(3) البخاري: الفتح: باب توريث دور مكة: 3:450: باب 44.

(4) المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

وأيضاً فقد قال تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾(1) فأضاف الدّيار إليهم، والإضافة لمن يعقل محمولة على الملك، فاقتضى هذا صحّة ملك رباع مكة وما صحّ ملكه جاز بيعه.

وقد توزع الأوّلون في استدلالهم بأنّ الآية إنّما ذكر فيها المسجد الحرام، والمسجد الحرام اسم لبقعة مخصوصة محدودة، فلا يدخل فيها غيرها كما لا تدخل بغداد في اسم مكّة. وأيضاً فإنّ الطبري ذكر في تفسيره للقرآن أنّ المراد ذمّهم على صدّهم ومنعهم من الحجّ في قوله: ﴿وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾(2) وذمهم على المنع من الطّواف بقوله: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾(3) وإن(4) قوله: **رباع مكة لا تباع**. محمول على الاستحباب والمواساة بها لمن ورد من الحجّاج. كما قال في حديث آخر: **لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من/ أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً** الحديث(5) لأجل الحاجة إلى المواساة في مثل هذا.

وتوزع الآخرون أيضاً باستدلالهم بأنّ الإضافة إلى الفقراء إضافة سكنى لا إضافة ملك لرقاب الدّيار. ألا تراه كيف قال سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾(6). فسمّى الأموال بعد ذكر الدّيار، فقال: إنها ليست بأموالهم. وأيضاً فقد سمّاهم فقراء ولو كانت الدّيار من أموالهم لم يسمّوا فقراء.

وأمّا كون الصّيد يستوي في المنع منه المسجد الحرام وبيوت مكة. فإنهما يفترقان أيضاً في الطواف، لكون الطّواف غير مشروع حول بيوت مكة بل هو مقصور على الكعبة.

وأمّا من يستدلّ على جواز بيع بيوت مكة بكون النّاس يتبايعونها عصراً

---

(1) سورة الحشر، الآية: 8.
(2) سورة الحج، الآية: 25.
(3) سورة الحج، الآية: 25.
(4) الطبري: جامع البيان: 17: 134-137.
(5) الفتح: كتاب الحرث والمزارعة. 5/14. باب 10 حد. 2330.
(6) سورة الحشر، الآية: 8.

بعد عصر، ولا ينكر ذلك عليهم، فإنّه قد قال بعض **البغداديين**: إنّ التّبايع إنّما وقع على الأبنية والسّقوف لا على نفس الأرض، والمشي عليها غير ممنوع ولا مقصود بالبيع.

وهذا الذي قاله ممّا ينظر فيه. وقد تكرّر سؤال القضاة عن بيع ديار المنستير لكون من يبيعها يظهر أنّه إنّما باع الأنقاض والخشب. فلم أَسهّل في ذلك لكون الأنقاض لو بيعت وهي منقوضة ما بلغ ثمنها عشر ثمن ما تباع به الدّيار المبنيّة هناك. فللأرض حصّة من الثمن ويعتقد بائعها ومشتريها أنّه قد ملك الجميع الأرض وما بُني عليها ملكاً يصحّ له مثله لمن حبس على مثله الانتفاع بفناء القصر الكبير الذي هذه الدّيار بأفنيته ممن لا يحبس ذلك على مثله.

وهذا الذي ذكرناه في أبنية المنستير التي بنيت في أفنية القصر القديم يفتقر إلى بسط. وإنّما ذكرنا ها هنا حكم بيع بيوت **مكة** وإجارتها لتعلّقها بأحكام العنوة على مذهبنا، أنها فتحت عنوة، فأضفنا إلى ذلك ما ورد في الشّرع من أنّه[1] الظواهر المبيحة للبيع والمانعة له. وسننبّه على ما وقع في **المدوّنة** في كراء بيوت **مكة** في موضعه إن شاء الله تعالىٰ.

قال القاضي أبو محمد، رحمه الله: .

ولا تجوز التّفرقة بين الأمّ وولدها الصغير في البيع. وحدّها الإثغار. ويجوز في الأب.

قال الشيخ الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثمانية أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على منع التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع؟

2 ـ وهل يقاس على الأم غيرها من الأقارب؟

3 ـ وما الحدّ الذي ينتهي إليه في الأمر بالجمع بينهما؟

4 ـ وهل يفسخ البيع المعقود على التفرقة بينهما؟

5 ـ وهل الجمع بينهما يكون في ملك واحد أو في حوز واحد؟

---

(1) هكذا النص. ولعل الصواب حذف: أنه.

6 ـ وهل العتق لأحدهما كالتّفرقة في البيع؟

7 ـ وما الحكم إذا تعلّق لرَجل حقّ نقل الملك لأحدهما دون الآخر؟

8 ـ وما حكم التفرقة في حق ملك ناقص؟

فالجواب عن السّؤال الأوّل أن يقال:

روي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «**من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة**»(1). وهذا يدلّ على التأكيد لما فيه من الإرهاب بشدّة الوعيد في التّفرقة في القيامة بين الإنسان وبين من يحب. **وذكر التّرمذي** هذا الحديث وهو حسن السند(1) وقال أيضاً ﷺ: لا تُوَلَّهُ والدة على ولدها»(2) فنبّه ﷺ على معنى معلوم صحّته من جهة العادة، وذلك أنّ الأمّهات لهنّ من النزوع على أولادهنّ، وشدّة الرّحمة والعطف، ما يخفّ عليها به أن تحمّل نفسها الآلام عن/ ولدها، ويبدو منها من الوله عليه إذا تُعرّض به لأمر يخاف منه عليه ما تكاد معه أن تزهق به نفسها، أو تسلم لأجله بدنها، فحجّر على مالكها ومالك ولدها أن يتصرّف في ملكه كيف شاء ببيعهما مجتمعين أو مفترقين. لكون التحجير عليه في هذا ليس فيه من الإضرار ما يبلغ الإضرار بالأمّ في فراق ولدها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف العلماء في المنع من التّفرقة، هل ذلك مقصور في الأمّ خاصّة أو يقاس عليها غيرها؟ **فمالك**، رحمه الله قصر هذا الحكم عليها. وأجاز التفرقة بين الصّغير وبين أبيه وجدّه وجدّته وسائر قراباته سوى الأمّ.

وحكى **ابن الموّاز** عن بعض **أهل المدينة** أنّه أضاف إلى الأمّ في هذا الحكم الأب. ورأى المنع من التّفرقة بين الولد وأبيه في البيع. ومال إليه بعض أشياخي.

وأضاف **الشافعي** إلى الأمّ ولد الولد فقال: لا تفرّق بينهم في البيع ما داموا صغاراً. وقدّر أنّ الضَرر المشار إليه ها هنا يتصوّر في سائر ذوي

---

(1) الترمذي: السنن: 3: 580. حد 1283.

(2) فيض القدير: 6/423 حد. 9872.

الأرحام. وإنْ قصر جميعهم عن الأمّ في شدّة العطف على الصغير، والحنين والجزع من فراقه، ومن سواها يتفاوتون في هذا المعنى، وليس تقصيرهم عن الأم في الجملة بالذي يسقط حقّهم في الجمع لأجل ما يلحقهم من الضرر. ورأى **الشافعي** أنّ الجدّة تكاد تقارب الأمّ في المعنى الذي أشرنا إليه من الحنان وشدّة النزوع إلى الولد، فوجب أن تُلحق بالأمّ في هذا الحكم، ولا يلحق من سواها من الأقارب لما علم من جهة العادة أنّ الخالة والعمّة والأخ والأخت لا يلحقون في هذا المعنى بالأم والجدّة. ورأى بعض أهل المدينة أنه يتضح في العادة مساواة الأب للأم في هذا المعنى لكون الولد كعضو من كل واحد منهما. ويلحق الأب بالأمّ في هذا.

وبالجملة فإنّه لا يشكّ في اختلاف طبقات الأقارب في هذا المعنى. ولا يتضح في الخالة والعمّة والعمّ والخال من شدّة الضّرر ويتّضح في الأبوين والجدّة. وإنّما يتضح القياس مع المساواة في معنى العلّة. ومن ذكرناه من عمة أو خالة لا يساوي في هذا المعنى الأبوين والجدّة. هذا إذا قلنا بأنّ المنع من التفرقة بين الأمّ وولدها في البيع حقّ للأمّ على ما ذكر **ابن عبد الحكم** في **مختصره** من أنّ الأمّ إذا رضيت بالتّفرقة بينها وبين ولدها لم يمنع سيّدها من أن يفرّق بينهما في البيع. وإن قلنا: إنّ المنع من التّفرقة إنما يعتبر في حق الولد في هذا، كما قاله **ابن الموّاز عن مالك**: إنه لا يفرّق بين الأمّ وولدها في البيع ولو رضيت الأمّ بذلك. وقع النّظر فيما قاله **أبو حنيفة** فإنّ الولد إذا بيع وحده، وهرب مشتريه وهو صغير لا يجد من يربيه، فإنّه يلحق به الضّرر الشديد من أن يفرّق بينه وبين خالته أو عمّته.

ويجري هذا مجرى التفرقة في الأحرار. فإنّ الحضانة للخالات، وإن كره الأب ذلك، إذا لم تكن أمّ ولا جدّة، ولكنّ المذهب أن حكم الحضانة في الأحرار خلاف حكمها في المماليك لما يلحق المالك من الضّرر في ماله بأنْ لا يبيعه كيف يختار من جمع أو تفرقة.

والحضانة في الأحرار هل ذلك حقّ للولد أو للأمّ؟ ففي **المدوّنة** أنّ المرأة

إذا خالعت زوجها على أن تسلّم حقها في الحضانة، فإنّ ذلك خلع جائز، ويلزم ما رضيت به. وهذا مبنيّ على أنّ الحضانة حقّ للأمّ، ومن رضي[1] بإسقاط الأمّ حقها في الحضانة باطل[2] بناء منه على أنّ الحضانة حقّ للولد. وإذا خالعت على إسقاط حقّ غيرها لم يلزم ذلك إذ ليس لأحد أن يسقط حقّ غيره/ لمنفعة نفسه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

أمّا حدّ التفرقة فقد اختلف فيه. فالمشهور عن **مالك وابن القاسم** أنّ حدّ ذلك استغناء الولد عن أمّه، والعلمُ على ذلك الإثغار. ما لم يعجّل على الصّغير أو الصّغيرة. وهذا الاستغناء قال فيه **مالك**: هو أن يستغني عن أمّه في شرابه وطعامه وقيامه ومنامه. وهذا يحتمل أن يبنى على التّعليلين جميعاً. وإن كان الأظهر منهما إسناد هذا الحكم إلى حقّ الولد في التّربية. لأنّ من لم يُثْغِر، ولم يعقل ما يُؤمر به ويُنهى عنه، ويهتدي إلى ما يحفظ به حياته ويدبّر به نفسه، مفتقر إلى من يقوم به في ذلك. فلوْ ترك الرّضيع والقريب العهد بالفطام إلى تدبير نفسه وغذائه لهلك، لأنّه لا يحسن كيفيّة التغذّي ولا أوقاته ولا صفة تناوله وإحضاره.

ويحتمل أيضاً أن يقال: ما دامت حاجته شديدة إلى أمّه، كانت في رحمته والعطف عليه أشدّ منها في ذلك إذا استغنى عنها. ولهذا كبار الأولاد لا يلحق نفس الأمّ في نزعهم منها ما يلحقها في صغير لا يعقل محتاج إلى تربيتها. فيكون من هذه الجهة الحكم مستنداً لحنانها ورحمتها. ولكنّه يختلف باختلاف السنين. وحدّهُ **اللّيث** بعشر سنين. ورأى أنّ ذلك علَماً على الاستغناء عن أمّه. وإلى هذا أشار في **كتاب ابن المواز** فقال: يفرّق بين الأمّ وولدها إذا استغنى عنها وختن وصار يؤمر بالصّلاة ويؤدّب عليها، وفارق أسنان اللّبن. فذكره التأديب للصّلاة وإدخاله المكتب والختان يشير إلى أنّ ذلك كلّه هو علم على الاستغناء عن أمّه. وذكر في ذلك أدبه على الصّلاة وهو إنّما يؤدّب عليها إذا بلغ عشر سنين.

---

(1) هكذا في النسختين، والمعنى واضح.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى واضح.

وأصحابه أن بيع التّفرقة يُفسخ. حكى ذلك مطلقاً من غير تقييد. وإليه ذهب القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** فقال: إنه باطل[1] الخمر، ويفسخ ولو رضيا بالجمع بينهما.

والمشهور من المذهب أنّ المقصود بهذا النّهي رفع الضرر عن المخلوقين، على الاختلاف الذي قدّمناه. هل ذلك مقصود به رفع الضرر عن الأمّ في أن لا تولّه عن ولدها، فإذا رضيت بالتفرقة صحّ البيع ولم يمنع. أو المقصود بالنّهي ودفع[2] الضرر عن الولد في أن لا يفقد رفق أمّه به وحياطتها، على حسب ما قدّمنا ذكر الخلاف في ذلك وتوجيهه.

وإذا قلنا: إنّه من حقوق الخلق فإنّ البيع لا يجب فسخه إذا وجدنا سبيلاً إلى إزالة السّبب الذي وقع النّهي لأجله وهو رفع الضّرر، وذلك بأن يرضى من في يده الأم أن يبيعها ممّن صار في يده الولد بما يتّفقان عليه من ثمن، أو يرضى من في يده الولد أن يبيعه ممن في يده الأم بثمن يتفقان عليه. وإن لم يتراضيا بذلك، فالمذهب على قولين: هل يعدل إلى الفسخ إذا لم يوجد سبيل إلى رفع سبب النّهي وهو مذهب **ابن القاسم**، أو يباع الولد وأمّه من رجل واحد فيزول سبب النّهي؟ وهو اختيار **ابن الموّاز**. فكأنّ **ابن القاسم** رأى أنّ رفع سبب النّهي إنّما يتصوّر بوجه واحد. وهو أن يتراضى مالك الأمّ ومالك الولد بأن يبيع أحدهما ما في يده من الآخر. وأمّا بيعهما عليهما جميعاً فإنّ ذلك يوقع في نهي شرعي وهو جمع السلعتين لمالكين في البيع، وهو يرى المنع من ذلك، فلا يُصلَح منهي عنه بالوقوع في منهيّ عنه آخر. وكأنّ **ابن الموّاز** رأى جواز جمع السلعتين في البيع لمالكين، كما ذهب إليه **أشهب**، ورأى أن ركوب مذهب أشهب في هذا أخفّ من فسخ البيع. وقد أشار **ابن الموّاز** في احتجاجه لما ذهب إليه في هذا بأن ذلك كبيع المسلم المصحف من النصرانيّ. **وابن القاسم** يرى أنّ

(1) كلمة غامضة. وفي المعونة: «أصله بيع الخمر»: 1071

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

البيع لا يفسخ، وأنّه يباع على النّصرانيّ ما اشتراه من ذلك، فيحصل بالبيع عليه رفع السّبب الذي لأجله وقع النّهي. وينفصل **ابن القاسم** عن هذا بما أشرنا إليه من توجيه قوله بأنّ بيع المصحف على النّصراني لا يركب فيه نهي آخر، وبيع الولد وأمّه مجموعين وهما لمالكين يركب فيه نهي آخر وهو بيع سلعتين لمالكين. فهذا الانفصال عمّا أشار إليه **ابن الموّاز** من الحجّة عليه. وقد ناقضه **أصبغ** بما ذكره **ابن الموّاز** عن **ابن القاسم** فيمن عنده أمّ وولدها، فباع أحدهما من رجل، وتصدّق بالآخر على رجل آخر، فإنّهما يباعان عليهما من رجل واحد. فقال **أصبغ**: هذا رجوع منه عن الفسخ.

والانفصال أيضاً عن هذا أنّه إذا رجع إلى الفسخ فيمن باع ولداً دون أمّه، أو أُمًّا دون ولدها، فإنّ من فسخ عليه البيع وأخذ منه ما اشتراه يرجع بعوضه وهو الثمن الذي دفع فيه، فلا يلحقه من ذلك كبير مضرّة في إبطال ملكه بالكلية. وإذا راعينا في الهبة جمع السّلعتين، وأنّ ذلك لا يجوز، وفسخنا الهبة أبطلنا حقّ الموهوب له بغير عوض يأخذه. وهذا من الضّرر البيّن الذي يقتضي أن العدول عنه إلى ما هو أخفّ أوْلى، وهو جمع السّلعتين، ويقدّر أن الهبة لما وقعت ها هنا وفسخنا إبطال الملك بالكلية، صار ذلك كالفوت فيها، ونحن نذهب في بيع التّفرقة إلى أنّ الفسخ/ إذا وجب بعد أن فات البيع بحوَالة أسواق فإنّ البيع لا يفسخ لأجل الضّرر في فسخه بحوالة السّوق، ولكن تجب فيه القيمة لفساد العقد، أو يمضي بالثمن إذا قلنا: إن فساد هذا لحق الله سبحانه في النّهي عن هذا العقد، مع كون الثمن والمثمون جائزين لا غرر فيهما، كبيع الجمعة وشبه ذلك، وهو مذهب **ابن عبدوس** في بيع التّفرقة إذا انفسخ إمّا بكبر الولد، أو بحوَالة السّوق، فإنّه يمضي بالثمن إذا كبر، ويمضي أيضاً بالثمن إذا حال السّوق، ويجبرانِ على الجمع بين الأمّ وولدها، على حسب ما قدّمناه في البيع عليهما.

ولو قلنا بما ذهب إليه القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** من وجوب الفسخ

في بيع التفرقة، وإنْ جمعَا بينهما، لتمكن[1] أيضاً على هذا التعليل الذي ذكرناه أن نقول ها هنا: إنّ الهبة لا تفسخ، لكن يحكم بالجمع بينهما، لكون الهبة ها هنا في معنى بيع فاسد، ولا يفسخ بعد فوته. ويمكن أيضاً أن يذهب إلى ردّ الهبة. فهذا ممّا ينظر على أصله. فيستخلص من هذا أن بيع التفرقة إذا وقع المذهب فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: فسخ البيع على كل حال.

والثاني: إمضاؤه على كل حال، وإزالة سبب النّهي بالبيع عليهما إن لم يتراضيا بالجمع طوعاً منهما.

والثالثة: أنّهما إن تراضيا بالجمع لم يفسخ البيع. وإن لم يتراضيا به فسخ البيع، على حسب ما فصّلناه من هذه المذاهب وتعليلها.

وبعض أشياخي يشير إلى القَدح فيما وجّهنا به مذهب **ابن القاسم** بأنّه يمكن إزالة ىسبب النّهي أيضاً في جمع السّلعتين لمالكين في عقد واحد بأن تقوّم الأم ويقوّم الولد، ثم تباعان جميعاً، ويقسم الثمن على نسبة القيمتين. فيصير كل واحد من المالكين لم يعقد البيع إلاّ وهو يعلم ما ينويه من الثّمن الذي بذله مشترياه وقد كنّا نحن أشرنا إلى هذا في كتاب البيوع الفاسدة، وتكلمنا على ما يتعلّق به. وهكذا أيضاً يقصد ما ذكرناه من الخلاف على وجه دون وجه بأن يقول: بأنّ العاقدين لبيع التّفرقة إنْ علما أن الشرع يجبرهما على الجمع أو يبيع الأمّ والولد عليهما، صارا قد عقدا على غرر، وهو تجويز أن يصحّ ما اشتراه المشتري، أو لا يصحّ[2] بثمن يباع به عليه وذلك غرر وخطر. والبائع أيضاً يجوز أن تؤخذ الأمّ من يده فتباع عليه، فيصير قد خاطر في هذا العقد. وهذا يتّضح معه فساد البيع ووجوب فسخه على كلّ حال.

ولو علم بذلك أحدهما وجهل به الآخر، يجري على الخلاف في علم

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لأمكن.

(2) وفي (و): أولا يصحّ إلا.

أحد المتبايعين بفساد العقد، هل يفسد ذلك العقد، كما لو علما جميعاً، أو لا يفسده. بخلاف أن يدخلا جميعاً على العلم بفساد العقد وتحريمه؟

وهذا الذي أشار إليه ينبغي أن يتحقّق تصوّره بأنّهما دخلا على علم بذلك، وهما يلتفتان إلى ما يقضي به القاضي عليهما في هذا. وأمّا لو عقدَا وهما يعتقدان أنّ ذلك لا يقدر على فسخه عليهما، وصمّما على أنّ الغرر في ذلك لا يمكن إلاّ أن يقعا فيه، لكان هذا ممّا يمنع من اتّضاح تصوّر الطريقة الّتي أشار إليها.

وكان أيضاً يرى أنّهما إذا جهلا جميعاً التحريم ووجوب إنفاذ البيع الذي عقداه، أن يباع عليهما، فإنّ لكل واحد فيما عقد على نفسه لمَا طرأ عليه من عيب بعد العقد، وهو كون المشتري مجبوراً على أن يخرج من يده ما اشتراه والبائع مجبور على أن يبيع غير الذي رضي ببيعه.

وهذا أيضاً ممّا ينظر فيه، لأنّهما إذا استويا في الجهل بهذا الحكم، ودخلا على تأبيد ملك كل واحد منهما، فإنّ هذا يصير كعيب اطّلع عليه بعد العقد، والبائع والمبتاع يستويان في الجهل به، فصار ذلك كعيب وجد في باطن خشبة باعها، لا يعلم العيب إلاّ بعد كسرها، لكن هذا العيب الموجود في باطن الخشبة يستوي النّاس كلّهم في الجهل به، وهذا الذي ذكره في بيع التّفرقة وإن جهله هذان فإنه يعلمه غيرهما من النّاس، فيجب الردّ به. لكن لأجل أنّ سبب هذا العيب لم يكن من البائع خاصّة بل هو والمشتري سيّان فيه، يجب النّظر فيه من هذه الجهة، فقد يظهر أنّ ذلك كعيب لم يدخل عليه المشتري، ولو علم به لم يدخل عليه، فيكون له بذلك مقال. وقد ذكر **ابن سحنون** أنّ رجلاً سأل **سحنوناً** في رجل باع مملوكتين له، وفي ملكه أمّهما، وإحدى البنتين المبيعتين بلغت حدّ التّفرقة، والأخرى لم تبلغ حدّ التّفرقة؟ فأجابه **سحنون** بأنّ الصّغيرة إذا لم تكن وجه الصفقة مضى البيع في الكبيرة وجمع بين الأم وابنتها الصغيرة في ملك واحد. وإن كانت الصغيرة فسخ البيع فيها.

وهذا الذي قاله في إمضاء البيع بناء على أنّ ذلك حقّ للمخلوق، ولا يجب فسخه إذا زال سبب النّهي برفع الضّرر.

وأمّا إذا قلنا بالقول الآخر، أنّ ذلك إنّما نهيَ عنه لحقّ الله سبحانه، فإنّ البيع يجب فسخه على كل حال، فإنّ هذا العقد يكون كصفقة جمعت حلالاً وحراماً فحرامه العقد على الصغيرة دون أمّها، وحلاله العقد على الكبيرة دون أمّها فيفسخ الجميع، كمن باع زق خمر وثوباً صفقة واحدة، فإن جميع العقد يفسخ على المشهور من المذهب، وعلى الطريق الأخرى يفسخ منه الحرام خاصّة، على حسب ما ذكرنا فيه فيما مضى في غير هذا الكتاب. وإذا كانت الصغيرة أيضاً جُلّ الصفقة، وقلنا بإنّ ذلك إنّما نهي عنه لحق المخلوق، وجب فسخ الجميع، إذ لا يمكن المشتري من الاستمساك بأقلّ الصفقة بما ينوبه من الثمن، وهو مجهول على مذهب **المدوّنة** لا على مذهب **ابن حبيب** الذي أجاز ذلك.

والجواب عن السّؤال الخامس أن يقال:

إن كانت الأمة بيد رجل وولدها بيدِ رجل آخر، وعلم أنّ ذلك بأيديهما عن بيع، أو جهل، أو هبة[1]، فإنّ الحكم أن يجمع بينهما في ملك واحد لكون ذلك أحوط في رفع الضّرر، لأنّهما إذا لم يكونا لمالك واحد، وجمعا في حوز أحد المالكين، فيمكن أن يريد مَن هما في حوزه التصرف، والسّفر بملكه ليحصل له ذلك، ولا يعينه الآخر عليه حتى يرجع ملكه إلى حوزه وتحت يده. وقد يفلس أحدهما فيُضطرّ إلى أنْ يباع عليه ملكه، فإنْ بيعَ منفرداً كان ذلك تفرقة، وإن بيع مجموعاً مع ملك الآخر كان ذلك جمع سلعتين، فكان الأولى أن يجمعا في ملك واحد ليكون ذلك احتياطاً لحقّ الأمّ وولدها في ألاّ يفرّق بينهما.

وأمّا إن كانا في أيديهما من غير عوض، كهبة أو صدقة، أو كان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض، ففيه اختلاف في المذهب: قال **ابن الموّاز**: اختلف

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف أو هبة.

قول **مالك** في الهبة للأم أو ولدها هل يجبران على الجمع بينهما في ملك، أو يكتفى بأن يجمع بينهما في حوز أحد المالكين. وذكر **ابن حبيب** أنّه إن كان المالكان شملهما واحد ومسكنهما واحد، كالزّوجة والزوج والولد والأب وشبههما، فإنّ الجمع في حوز واحد يكتفى به. فإن/ لم يكن شملهما واحداً فلا بدّ أن تجمع الأمّ وولدها في ملك واحد.

وأشار بعض المتأخّرين إلى أنّ الهبة لمّا كان طريقها المعروف حسن الخلاف فيها، هل هي كالبيع أو كالعتق؟ وقد اتّفق في العتق على أنّه إنّما يجمع بينهما فيه في حوز واحد. كما اختلف فيمن وهب عبداً هل يتْبع العبد ماله كالعتق أوْ لا يتبعه كالبيع؟

وهذا الذي أشار إليه لا يتّضح لأجل أنّ الإنسان إذا كان له أمّ وولدها فأعتق أحدهما فإنّ العتق يستحيل معه البيع في الشّرع. فلمّا استحال معه البيع في الشرع استَحال طلب المالكين بأن يجمعا بينهما فيما يستحيل في الشّرع تصوّره وفعله وهو بيع العتيق، والهبة لا يستحيل في الشّرع بيعها. وقد ذكر **ابن الموّاز** عن **ابن القاسم** فيمن عنده أمّ وولدها فباع أحدهما وتصدّق بالآخر، فإنّه يجب أن يجتمعا في ملك أحدهما أو يباعا عليهما، فقال بعض المتأخّرين: إذا بدأ بالبيع قبل الهبة جرى ذلك على أحكام البياعات في أن يجمعا في ملك، ولو بدأ بالهبة ثم بعد ذلك باع يجري على أحكام الهبات. لأنّه إذا بدأ بالبيع فلا فرق بين أن يهب بعد ذلك أو يبقى في ملكه مَن سوى ما باع. وإذا بدأ بالهبة فكذلك أيضاً لا فرق بين أن يبيع الآخر أو يبقيه في ملكه.

وليس فيما ذكره **ابن الموّاز** تصريح بالتّرتيب الذي أشار إليه هذا المتأخّر. وقد كنّا قدّمنا في غير هذا الكتاب اختلافاً فيمن وهب طفلاً رضيعاً وعنده أمّه هل يكون الرّضاع على الموهوب له الولد إذا حلف أنّه لم يرد التزام رضاع أمّه له، أو يجبر على أن يمكن الطفل من رضاع أمه؟

وكذلك اختلف في الحوز في الهبة: هل يكون ذلك بحوز الولد والأمّ

جميعاً أو يكون بحوز الولد خاصّة، وإن كان قد أساء في التفرقة بينهما؟ وذكر ابن حبيب أنّه يصحّ الحوز للولد، وإن كان في يد الواهب مع الأمّ، إذا أشهد بالهبة وقام الموهوب بمؤونة الطفل، وأشار إلى المؤونة الزّائدة على رضاعه.

وقال بعض المتأخّرين لا يجبر الواهب على التمكين من الأمّ ليصح الحوز لجواز أن يرضع الولد غيرها. ويجبر على تسليم الشجرة إذا وهب ثمرها ليصح الحوز، لكون الثمرة تستمدّ من الشجرة دون غيرها. وأمّا إذا أعتق أحدهما فإنّه يكتفى ها هنا بأن يجمعا في حوز واحد، لكون الشّرع أحال بيع العتيق منهما، فإذا استحال بيعه وملكه بعد عتقه استحال أن يجمع بينهما في ملك واحد لأنّ ذلك لا يتصوّر إلاّ بعد إبطال العتق وهو لا يبطل إذا ثبت واستقرّ.

ولو أعتق سُرِّيّة يضرّ بمثلها العتق لم يُردَّ العتق لكونه قربة شرعيّة يحيل الشّرع استرقاق العتيق، بخلاف أن يوصي بعتقها، عند من رأى أنّ من حقّها إبطال الوصيّة إذا أضرّ ذلك بها.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا كان لرجل أمةٌ ولها ولد صغير في ملكه، فإنّه لا يجوز له أن يفرّق بينهما في البيع، كما تقدّم، ويجوز له أن يفرّق بينهما بالعتق.

فإن أعتق الولد دون أمّه نفذ عتقه فيه، وأمر أن لا يفرّق بينه وبين أمّه. فإن أراد بيع أمّه وحدها مكّن من ذلك، وشُرِط على مشتريها منه أن يبقى الولد على حسب ما كان عنده من كونه لا يفرّق بينه وبين أمّه. وإن كان في هذا بعض تحجير فإنّ الضرورة دعت إلى العفو عنه في هذا العقد لما أوجبه الشّرع من/ الجمع بينهما. ويشترط عليه نفقة هذا الولد مدّة معلومة. فذكر في كتاب البيوع الفاسدة أنّ أمدها سنة. وذكر **ابن الموّاز** أنّ أمدها الإثغار، وهو الحدّ الذي إذا بلغ إليه الولد جازت التفرقة بينه وبين أمّه في البيع. وأنّ هذا الولد إذا مات كان من حقّ بائع الأم أن يأتي بمن ينفق عليه مشتري الأمّ النفقة الّتي اشترطت عليه في هذا الولد الذي مات ليكون ذلك أرفع للغرر في ثمن هذه الأمة، إذ لا يدري

المكاتب منهما. فإذا فعل ذلك ارتفع ما يترقّب من التّفرقة، لأنّ هذا المكاتب إذا عجز عن أداء الكتابة لمشتريها كان رقيقاً لمشتريها مع الآخر الذي اشتراه مع الكتابة، وإن أدّى الكتابة صار حرًّا ناجزاً، والعتق ليس بتفرقة، ونحْن نجيز أن يبيع أحدهما لمن يعتقه، ولكن نبيّن لمشتري الكتابة أنّه إذا أدّاها وصار حرًّا بأدائها فإنّه لا يفرّق بينهما حتى يبلغ الولد حدّ التّفرقة.

وكذلك إن أعتق أحدهما إلى أجل، فإنّ العتق لا يردّ ولا يمكن من بيع من لم يعتقه منهما بانفرداه. لكن هل يمكّن من بيعه مع بيع الخدمة التي له في المعتق إلى أجل إذا تساوى أجلهما وأجل حدّ التّفرقة. هذا ممّا تردّد فيه بعض الأشياخ لأجل أنّه يمكن أن يمرض المعتق إلى أجل مرضاً يوجب فسخ الإجارة، فيبطل عقدها، ويرجع إلى سيده يستخدمه وينفرد بحوزه دون المرقوق منهما، فيصير ذلك تفرقة. لكن هذا من النوادر والطوارىء ومراعاة النوادر لا تجب في إحدى الطّريقتين. وإلى هذا مال بعض أشياخي.

ولو كان أمد التّفرقة ينقضي قبل انقضاء أجل الخدمة في المعتق إلى أجل لم يلزم السيّد/ أن يبيع ما زاد من الخدمة على أمد التفرقة، لأنّ ذلك لا سبب يوجبه من انفراد السيّد به، لكون التفرقة قد حلّت له بالأثغار.

وأمّا إنْ دبر السيّد أحدهما فإنّ ذلك ليس بتفرقة، ولكنّه لا يمكن من بيع الذي لم يدبره منفرداً ولا مجموعاً مع خدمة المدبّر. أمّا المنع من بيعه منفرداً فإنّه تفرقة بين الأمّ وولدها، وأنه لا يجوز. وأمّا منعه من بيعه مع خدمة المدبّر، فإنّ خدمة المدبّر لا يجوز بيعها على انفرادها لكون أمدها مجهولاً لتعلّقها بحياة السيد، وأجل انقطاع حياته لا يعلمه المخلوقون، ولو علموه لأمكن أن يَكون يموت مدياناً يردّ الدّين عتق العبد الذي دبّره. وإذا منعناه من بيع من لم يدبره منهما، ومات، وعليه دين، وقد دبّر أحدهما، فإذا كان مثلاً هو الولدَ، والأمّ لم يدبرها، بيعت في الدّين. فإن عتق الولد المدبر فيما بقي من ثمنها بعد قضاء الدّين أي بقيت منه بقيّة في قيمة نفسه فإنه يكون حرًّا ولا يفرق بينه وبين أمّه،

شريكه دين لبيع جميع الأمّ بحقّ الشّريك .في أن لا يباع النصيب منفرداً يبخس ثمنه. وإذا بيع جميعاً فقد اشتمل البيع على نصيب الذي انفرد بملك الولد وإذا بيع نصيبه فيها عليه أضيف إلى هذا النصيب في المبيع الولد الذي انفرد بملكه.

والجواب عن السؤال السّابع أن يقال:

أما تعلّق حق في نقل الملك لأحد الشخصين، إما الولد أو الأمّ، فإنّه يتصوّر فيه جناية أحدهما جناية توجب على سيده أن يفديه بأرش الجناية أو يسلّمه للمجني عليه. فإذا فداه سيده بقيت الأمّ وولدها على ما كانا عليه. وإن أسلمه سيده فلا بدّ أن يجمع بين الأمّ وولدها في ملك واحد، بأن يشتري أحدهما من الآخر، أو يبيعان جميعاً صفقة واحدة، على قول من أجاز جمع السّلعتين لمالكين، أو على أنّ كل واحد منهما يقوّم ما في يديه منهما، حتى يكون كل واحد منهما على علم بمقدار ما يستحقه من ثمنهما. وأمّا إن لم يتبايعا ولا قوّم كل واحد منهما ما في يديه، وقلنا بالمنع من جمع سلغتين فإنّه ها هنا قد يستخف من أجل الضرورة الدّاعية إليه إذا امتنعا، واحتاج القاضي إلى بيعهما عليهما، على حسب ما تقدّمت الإشارة من كون تَوجيه[1] الأحكام بخلاف ما لا توجبه مع تعذّر التقويم الذي يرفع هذا الغرر في الثّمن الذي تقدّمت الإشارة إليه. وكذلك لو اطّلع من اشتراهما جميعاً على عيب بأحدهما فأراد ردّه، فإنّه يردّ الآخر معه، لأنّه إذا كان العيب في الأمّ وحدها أو في الولد وحده، فلا بدّ إذا ردّه بالعيب من ردّ الآخر معه، لأنّ ردّ المعيب خاصّة إلى ملك بائعه يتضمّن التّفرقة بين الأمّ وولدها وذلك ممنوع شرعاً، ويصيّر هذا كمن اشترى زوجين لا يفترقان، إمّا خفّيْن أو نعلين، فإنّه إذا أصاب بأحد النّعلين عيباً فإنّه لا يردّه وحده لكونه وحده لا كبير ثمن له بالإضافة إلى ثمنه إذا بيع مع صاحبه. فوجب ردّ السّالم من النعلين مع المعيب لأجْل البَخْس. فكذلك يجب في الأمّ وولدها لأجل الشرع.

وكذلك لو أن رجلاً مَلَك أمَّا بانفرادها فباعها بالخيار، ثم اشترى بائعها

---

(1) هكذا. ولعل الصواب: ما توجبه.

ولدها بَتْلاً بغير خيار، فإنه ذكر في المدونة: أن الأمّة المبيعة بالخيار، إن كان الخيار فيها للبائع فإنه يُنْهَى عن إمضاء البيع فيها بعد أن اشترى ولدها؛ لأنه إذا أمضى البيع مع قدرته على أن يردّه صار كمبتدىء بيع أمة وأبقى[1] ولدها على ملكه. فإن ركب النهي، وأمضى البيع، فإن إمضاءَه يُرَدّ؛ إلا أن يجمعا بين الأم وولدها في ملك واحد.

فإن كان الخيار في الأم المبيعة للمشتري، فإن له إمضاء الشراء، ويجبران على أن يجمعاهما في ملك أحدهما، ويبيعانهما من رجل واحد.

وقد أشير إلى معارضة هذه التفرقة، من كون الخيار للبائع أو للمشتري، بأنه[2] لا ينبغي أن يُفرَّق بينهما على الطريقتين المعروفتين في المذهب في عقود الخيار إذا أمضيتْ، هل يكون العقد إنما انبرم وانعقد في زمن الإمضاء، فيكون البائع منهياً عن إمضاء العقد إذا كان الخيار له، لكونه عقداً لِبَيْع على أمة وحدها، وعنده ولدها. وكذلك يجب أن يكون المشتري منهيًّا عن إمضاء الشراء، لكونه عَقَد الشراءَ في أمة وولدها باق على ملك البائع.

وإن قلنا بالطريقة الأخرى: إن عقود الخيار إذا أُمضيتْ قدِّرتْ أنها لم تزل ماضية من حين عقد الخيار، وجب، على هذا، أن يجوز إمضاء العقد للبائع والمشتري، لأن كل واحد منهما، إذا أمضى عقداً، كان جائزاً أن يتبتل حين عقد بالخيار، لكون الولد حينئذ لم يكن في ملك بائع الأمة بالخيار.

وأشير أيضاً إلى مناقضة ابن القاسم في قوله: إذا كان الخيار للمشتري فإنهما يجبران على أن يجمعاهما في ملك أحدهما أو يبيعانهما من رجل واحد. فقد / سامح في جمع[3] السلعتين ها هنا لمالكين. وقد قدمنا عنه، فيما سلف، أنه يرى الفسخ أولى من الوقوع في جمع السلعتين.

---

(1) في المدنية: إبقاء.
(2) في (و): فإنه.
(3) في (م): جميع.

وقد اعتُذِر عنه في هذه التفرقة بأن البائع، لما اشترى الولد بعد أن باع الأمّ على الخيار فيها للمشتري، أتُّهِم فيها على أنه قصد بها إبطال حق المشتري في الخيار في الأم، فلم يمكّن من إبطال حقه في الخيار، وأن تُرَدَّ الأمة التي باعها منه إلى يديه؛ ويمنعه من إمضاء الشراء فيها على حسب ما يقتضيه ما كان له من الخيار فيها.

وهذه التهمة لا تتصور إذا كان الخيار في الأمة للبائع، لأنه قادر على ردّها إلى ملكه، سواء اشترى ولدها أو لم يشتره. فلما تصورت التهمة في شأن شراء الولد إذ كان الخيار في الأمّ للمشتري، واتُّهم أنه قصد إلى إبطال حق المشتري منع ما قصد إليه ومضى البيع على ما كان عليه.

وكذلك يعتذر عنه بإجازته ها هنا جمع السلعتين في البيع إذا كان الخيار للمشتري، لأجل ما كنّا أشرنا إليه من الضرورة إلى الوقوع في مثل هذا إذا مكّنّا المشتري من إمضاء الشراء. كما لو وجدنا أمًّا في يد رجل وولدها في يد آخر، فإنّا نجمعهما في البيع عليهما، إذا لم يعلم هل هما في أيْدِيهما ببيع فنفسخه، أو بغير ذلك مما لا يصحّ فسخه. وكذلك لو كانا في أيديهما ببيع، وفات المبيع بحوالة أسواق، فإنّا نبيعه عليهما لما امتنع الفسخ بحوالة الأسواق، إذ لا يمكن جمعهما إلا كذلك.

فكان/ ابن القاسم يلجىء إلى الفسخ هرباً من جمع السلعتين، إلا أن تدعو الضرورة إلى جمعهما في البيع فيستخِفه لأجل الحاجة إليه.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

قد تقدم في غير هذا الكتاب الكلام على ملك أهل الحرب ما في أيديهم، وأنّا نستبيح أموالهم بالشرع إذا قدرنا عليها. وأشرنا في هذا الكتاب إلى هذا المعنى لما تكلمنا على مراباة أهل الحرب ووطء نسائهم. وبالجملة ملكهم ناقص عند من قال: إنهم مالكون لقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ﴾[1]. وهذه

---

(1) سورة الأحزاب، الآية: 27.

وقد يطرأ على العبد ديْن فيجب بيع ما اشتراه من ولد أو أمّ في الدين الذي عليه؛ فيكون بيع ذلك تفرقة. فإن فعلا، واشترى السيد الأمة، والعبدُ ولدَها، أُمِرا أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما، أو يبيعاهما من رجل واحد. وإن لم يفعلا فسخ البيع.

وقد عورض هذا أيضاً بأنه إذا جاز لهما أن يبيعاهما جميعاً فلا وجه لفسخ البيع، بل الواجب أن يبيع ذلك القاضي عليهما، كما أمرا أن يفعلا. وأصل ابن القاسم أنه إذا قُدِر على تحصيل المقصود من رفع ضرر التفرقة بالجمع في ملك واحد فلا يعدل عنه إلى الفسخ، كبيع المصحف من نصراني. وهذا الذي اعترض به بعض حذاق الأشياخ قد يعتذر عنه عندي بأن البيع إذا كان من العبد وسيّده بالتراضي منهما، صار ذلك كانتزاع ما في يد العبد من ولد أو أمّ؛ وكأنه لما أمَرَ عبدَه أن يبيع ما في يده مع ما في يد سيده انتزع حق العبد في إقرار ملكه على ما في يديه منهما، وهو إذا انتزعه ثم باعهما بعد الانتزاع، لم يتصور في ذلك جمع السلعتين لمالكين، بل هما ها هنا كمالك واحد. وإذا قررنا أن أمره لعبده، ورضاه له بأن يبيع ما في يديه وما في يد السيد، يقدّر كالانتزاع لم يكُن ذلك كبيع حاكم يجمع سلعتين لمالكين، ويبتدىء ذلك اختياراً منه من غير رضى المالكين. هذا مما ينظر فيه.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:

والتصْرِيَة عيب. وإذا علم المبتاع بعد أن حلبها فله الخيار بين إمساكها أو ردّها مع صاع من تمر.

قال الشيخ الإمام، رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما التصرية في اللغة؟

2 ـ وما الدليل على النهي عنها؟

3 ـ وهل التصرية عيب يوجب الردّ؟

4 ـ وهل يفسد العقد أم لا؟

5 ـ وما حكم اللبن المحلوب منها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

التصرية في اللغة الجمعُ. ومنه قوله تعالى: ﴿عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾[1] أي في جماعة من النساء. وتقول العرب: صَرّيت الماء في الحوض، وصَرَيته، إذا جمعته. والصَّراة مكان يجتمع فيه الماء سُمِّي هذا المكان بذلك لاجتماع المياه إليه. فالمصرّاة مأخوذة من هذا، وليست مأخوذة من الصَّرار، ولو أخذت من الصرار لسُميتْ مصرورة.

وكذلك المجمّلة[2] هي التي جمع لبنها في ضروعها[3]، أيضاً. ومنه قولهم: أتيت فلاناً وهو في محفل عظيم، أي في جماعة كبيرة.

وهكذا وردت الأحاديث عن النبي ﷺ، في بعضها حكم من اشترى مصرّاة، وفي بعضها حكم من اشترى محفّلة. والمراد باللفظين معنى واحد. وقد ذكرنا أن العرب تقول: صريت الماء في الحوض، بتشديد/ الراء وتخفيفها. فإذا نهيت الناس عن التصرية على لغة التشديد في الراء قلت: لا تُصرُّوا الإبلَ؛ كما تقول في النهي للناس، إذا أخذته من حلّ عن الحرم: لا تحلوا الحرم.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما الدليل على منع التصرية فقوله ﷺ، فيما رواه أبو هريرة فيه: «لا تصروا الغنم والإبل. فمن اشتراها بعد ذلك فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها،

---

(1) سورة الذاريات، الآية: 29.

(2) هكذا، ولعل الصواب: المحفَّلة.

(3) هكذا، ولعل الصواب: ضرعها.

إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر» الحديث المشهور، على حسب ما وقع في الموطأ[1] والبخاري[2] ومسلم[3]، وغيرهم ممن لم يشترط الصحيح[4].

ومن جهة المعنى: إن الغش والتدليس ممنوع في الشرع. وقد قال ﷺ: «من غشنا فليس منا»[5]. وهذا إذا أتى لناقته فربط أخلاف الناقة بخيط، يوماً أو يومين، حتى يكثر لبنها، ويمتلىء[6] ضرعها، وينتفخ ويعظم في النظر، قاصداً بذلك التغرير للمشتري، ليعتقد أن الناقة التي ساوم فيها، هكذا يكون ضرعها كل يوم لكثرة لبنها، فيزيد البائع في ثمنها، اعتقاداً منه أنها تحلب كل يوم مقداراً كثيراً فوق ما اعتيد منها من الحلاب.

والتغرير بالمسلم في إتلاف ملكه لا يجوز، وإن لم يقارنه بيع ولا معاوضة، فكيف به في عقود المعاوضة.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا تقرر النهي عن التصرية، فإن ذلك إذا وقع، وبيعت المصراة، فقد اختلف الناس في ذلك.

فأكثر العلماء على أنه عيب وتدليس يوجب للمشتري مقالاً. وبه قال مالك والشافعي والليث وأحمد وإسحاق.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التصرية ليست بعيب ولا تدليس، ولا مقال للمشتري فيها.

---

(1) الموطأ: حديث 1995.

(2) البخاري: حديث 2150.

(3) مسلم: إكمال الإكمال: 4:184.

(4) انظر البيهقي: 5:347 ـ 348، أحمد: 2:379.

(5) مختصر أبي داود: 3308 ـ مسلم: كتاب الإيمان: باب 43: الحديثان 101 ـ 102 ج 1: ص99.

(6) في (م): يمتنع.

وذكر ابن القصار من أصحابنا هذا المذهب عن أبي حنيفة، وقال: إنّ أصحابنا والشافعية يحكون عن أصحابه أنهم ينكرون هذا. وهكذا ذكر أبو حامد أن أصحابه ينكرونه. والذي حكيناه عنه هو الذي وقفت عليه في نقل المتأخرين من حذاق أصحابه، ويذكرون أن أبا يوسف خالفه وذهب إلى أن للمشتري في ذلك مقالاً؛ وأن محمداً بن الحسن أحدَ أصحابه موافقُه على هذا المذهب الذي حكيناه عنه.

أن يقال: إذا تقرّر تحريم بيع المصراة، فإنه إذا وقع لم يفسد العقد، وإن كان منهيّاً عنه، لأنه عليه السلام قال: «إذا رضيها أمسكها»، والعقد الفاسد ليس للمشتري أن يتمسك به. فإن قيل: فإنه منهي عنه، والنهي يدلّ على فساد المنهى عنه. فمثل هذا ما[1] اختلف فيه أهل الأصول. فمن قال منهم: إن النهي لا يدل على فساد المنهى عنه، قولاً مطلقاً؛ فلا يلزمه أن يُفسِد بيع التصرية. ومن قال: إنه يدل على فساد المنهى عنه، فإنه يقول: إن هذا النهي لا يدلّ على الفساد. فإن قيل: قد قال القزويني من أصحاب مالك، وابن الجهم في بيع النجش: إنه يفسخ لنهي النبي ﷺ عنه. والنهي عن النجش لحق المخلوقين.

قيل: إن هذا إنما يقال على مقتضى ما يوجبه الدليل على الجملة، عند من ذهب إلى أن النهي يدلّ على فساد المنهي عنه على الإطلاق، ما لم يقم على إمضاء البيع دليل، وها هنا قد قام على إمضائه دليل، وهو ما قارن النهي عنه من إمضائه إذا اختار المشتري التمسك بالمصرّاة، وهو قوله ﷺ: «فإن رضيها أمسكها».

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

إذا تقرر النهي عن التصرية فإن ذلك إذا وقع وبيعت/ المصراة، فقد اختلف الناس في ذلك.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: مما.

فأكثر العلماء على أنه عيب وتدليس، يوجب لِلمشتري مقالاً وبه قال مالك والشافعي والليث وأحمد وإسحاق.

وذهب أبو حنيفة إلى أن التصرية ليست بعيب ولا تدليس، ولا مقال لِلمشتري فيها. وذكر ابن القصار، من أصحابنا، هذا المذهب عن أبي حنيفة. قال: إن أصحابنا والشافعية يحكون عن أصحابه أنهم ينكرون هذا. وهكذا ذكر أبو حامد أن أصحابه ينكرونه. والذي حكيناه عنه هو الذي وقفت عليه في نقل المتأخرين من حذاق أصحابه. ويذكرون أن أبا يوسف خالفه،وذهب إلى أن للمشتري في ذلك مقالاً. وأن محمداً بن الحسن أحد أصحابه موافقُه على هذا المذهب الذي حكيناه عنه.

فمن ذهب إلى أن ذلك عيب يوجب للمشتري مقالاً، فإن الأكثر منهم على أن لِلْمشتري أن يقبل المصراة بهذا العيب ولا شيء له. أو يردها ويأخذ الثمن. وبذلك قال مالك والشافعي.

وذكر الطحاوي عن عيسى بن أبان أنه قال: كان الحكم في من دلس بعيب ألاّ يعطى الثمن، لما كانت العقوبة في الأموال، فعوقب هذا بحرمان الثمن. ثم نسخ هذا برد المبيع ويرجع بالثمن. لكن هذا لما كان اللبن الذي كان بالضرع لم يقدر على ردّه لاختلاطه بما يحدث من اللبن عند المشتري، وجب أن يعدل عن الرد للبيْع لما تعذر ردّ المبيع بعينه لأجل ما ذكرناه، إلى أن يأخذ قيمة العيب.

وهكذا مذهب أحمد بن حنبل أن المقال في هذا العيب، الذي هو التصرية، في طلب المشتري للبائع بقيمة العيب ألا يرد المصراة.

والمذهب، الذي أشرنا إلى أن أصحاب أبي حنيفة ينكرون ما حكيناه، ينسبون إليه أن ذلك عيب، ولكنه لا يوجب الرد لتصرف المشتري في المبيع وانتقاصه. وقد كنا قدمنا، في كتاب الردّ بالعيب، أن من مذهبه أن النقص

فأما الوجه الأول فغير مسلَّم، لأن عيب التصرية إنما أوجبه العقد، ولكن/ هذا عيب لم يطلع عليه المشتري إلا بعد العقد والحلاب، فلهذا تأخر الردّ به. ولو ثبت أنها مصراة قبل الحلاب، وأن لبنها ينقص عن مقدار ما صُرّيت به لكان للمشتري ردّها وإن لم يحلبها.

وأما الوجه الثاني، وهو كون اللبن لا حصة له من الثمن، فإن من اشترى شاة لبوناً، يعلم بمقتضى العادة أن ثمنها إذا كانت تحلب كل يوم قسطاً أقلُّ من ثمنها إذا كانت تحلب كل يوم أضعاف ذلك. فإذا علم أن المشتري يزيد في ثمنها بزيادة لبنها، كان له مقال في الردّ بعيب ينقص من الثمن.

ونهيه عليه السلام عن بيع اللبن في الضرع محمول على أنه باعه مفرداً، وهو لا يعلم مبلغه، فيكون المبيع مجهولاً. وأما إذا باعه وباع الشاة، ولبنُها الذي في ضرعها تبع لها، فإن ذلك ليس بغرر، لكونه تبعاً لمبيع معلوم كبعض أجزائه. ألا ترى أن بيع الثمرة قبل الزهو بشرط التبقية لا يجوز، لما فيه من الغرر. فلو بيعت النخل وفيها تمر لم يَزْهُ، لجاز ذلك لكون الثمرة ها هنا تبعاً للنخل. ولو باع الجنين منفرداً في بطْن أمه، لم يجز ذلك. ولو باع أمه حاملاً لجاز ذلك. فلا تقاس أحكام التوابع على أحكام المتبوعات.

وأما الوجه الثالث الموجب لتخيير المشتري في المصراة كون البائع غش ودلّس، وفعل ما لا يحلّ، وغرر بالمشتري تغريراً أتلف عليه به بعض ماله.

والذي سمّن شاته فعل ما هو مباح له، ولم يقصد التغرير بالمشتري، فيعاقب بالردّ عليه، كما عوقب من ظلم وغرّ.

وأما من باع غلاماً في ثوبه أثر المداد، وبيده القلم والدواة، فإن أبا حامد الإسفرائيني تردّد في هذا، هل يقال: للمشتري مقال في ردّهِ إذا كان أمّيًّا، أو يقال: لا مقال له، لكون المشتري عوّل على أمر محتمل يمكن عنده أن يكون غلاماً لكاتب يحمل دواته وقلمه. فعلى المشتري الدرك إذا عوّل على أمر

الأصول». ولكنها إنما ذكرها العلماء في أصول الفقه ذكراً مطلقاً غير مختص بخبر صاحب بعينه مُسمَّى. ولكن ما ذكرهُ أبو زيد قد يَفهم بعضُ من يقف عليه التعريض بطريقة القادحين الذين ذكرناهم، والله أعلم بما أراد.

وأيضاً فإن ابن عمر روى الحديث، وإن كان بلفظ مخالف لِلفظ الذي ذكرناه من رواية أبي هريرة فتأكّد[1] صحة النقل.

وطعنوا أيضاً في الحديث باختلاف الرواة في متنه. ففي بعضها أنه «يردّ صاعاً من تمر». وفي بعضها أنّه «يرد صاعاً من ثمر لا سمراء». وفي رواية ابن عمر في من اشترى مُحَفّلة، فذكر الحديث، وقال: «يردّ مثل أو مثلي لبنها قمحاً». وهذا الاضطراب يوجب ضعف الحديث.

وهذا الطعن، أيضاً، غير مسلَّم، لأن جميع الرواة اتفقوا على أن في الحديث إثبات الردّ للشاة إذا شاء. واختلافهم في ما يرد مع الشاة عوضاً عن اللبن مسألة أخرى، وحكم آخر لا يتعدى إلى الحكم الذي اتّفقوا عليه، وهو وجوب الرد.

وطعنوا في الحديث من جهة مخالفته الأصول؛ فإنه يتضمن رد عوض اللبن صاعاً من تمر؛ واللبن يختلف بالقلة والكثرة، والأصول تقتضي بأن من أتلف قليلاً يغرم مقداره، ومن أتلف كثيراً يغرم مقداره، وهذا الحديث قد سَوَّى بين القليل والكثير في الغرامة.

والانفصال عنه أن الموضحة ديتها خمسون ديناراً على أهل الذهب، كانت الموضحة كبيرة أو صغيرة، ولم يُستنكر في الشرع هذا، فكذلك تقدير عوض اللبن بصاع تمر.

ومذهبه أيضاً في العبد إذا قتل، فإنه يغرم ديته وهي عشرة آلاف درهم إلا عشرة دراهم. فسوّى إذاً بين العبد العظيم القيمة والعبد الخسيس القيمة في هذا

---

(1) في (م): فنأكد.

التقدير لما اقتضاه الشرع والدليل.

وقد قال جماعة ممن تقدم وتأخر من العلماء، من أصحابنا وأصحاب الشافعي وغيرهم: إن اللبن الذي كان في الضرع عند العقد يجب ردّه مع الشاة ولكنه يختلط به ما حدث في الضرع في ملك المشتري، وهو غلة، والغلات لا ترد إذا ردَّ المبيع بالعيب، والذي كان في الضرع ليس بغلة، بل هو كالمبيع في حكم التبع، فيجب ردّه. فلما لم يتميز من اللبن ما يجب رده مما لا يجب ردّه، رفع عليه السلام الخلاف والتشاجر والخصام والتداعي بأن جعل عوض اللبن الذي كان بالضرع حين العقد أمرا محدوداً كالقيمة له، وقدره بجنس غير جنسه ليسلم من التفاضل بين لبن ولبن صار عوضاً عن اللبن الأول. وهكذا[1] كما قضى ﷺ في غرة الجنين بعبد أو وليدة[2]، ولم يفرق بين كون الجنين ذكراً أو أنثى، مع اختلاف دية الذكر والأنثى. وكذلك ﷺ قصد بهذا التحديد والتعويض رفع التشاجر والخصام في الأجنّة، هل هم ذكران أو إناث.

وقال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة: تأويل الحديث أن البائع اشترط كون هذه الناقة تحلب أقساطاً معلومة، فظهر أنه لم يصدق، وأنها تحلب أقل مما شرط، فلهذا كان له الرد لأجل فساد البيع، لأن البيع والشرط إذا اقترنا في العقد أفسد الشرط العقد إذا كان في معنى هذا الشرط.

وهذا الذي قاله تعسف عظيم، وإبطال للأحاديث والظواهر، لأن النبي عليه السلام لم يذكر، لما ذكر حكم المصراة، أن المشتري/ اشترط مقداراً من اللبن معلوماً. ولو ساغ أن يضاف إلى لفظ النبي عليه السلام ما لم يقله، ولم يذكره السائل ولا هو من المشكلات الظاهرة والمحتملات القريبة، لأمكن أن يدعى في كل حديث زيادة فيه بما قد يمكن.

وأيضاً فإن البيع الفاسد يجب فسخه، وإن لم يرض المشتري، ولا يسوغ

(1) هكذا، ولعل الصواب: وهذا.
(2) الموطأ: كتاب العقول: عقل الجنين.

له التمسك به. وها هنا قد قال ﷺ في المشتري: «إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها». والبيع الفاسد لا يقال فيه: إن شاء المشتري أمسكه؛ بل للقاضي ردّه وفسخ عقده. وأيضاً فقد قال في بعض طرق الحديث: «إنه بالخيار بعد ثلاث» والبيع الفاسد يفسخ في الحال ولا يؤخر إلى يوم ولا ثلاث.

وأشار أبو حنيفة إلى رده من ناحية مخالفة الأصول؛ فإن الأصل في المبيع المعيب إذا حدث به نقص يمنع من الرد بالعيب لأجل ما حدث عند المشتري من النقص. وها هنا قد أوجب ردّ الشاة المصراة مع نقصها بالحلاب.

والانفصال عن هذا بأن هذا النقص لا يعرف العيب إلا به. كما لو اشترى ثوباً مطويّاً فنشره فانتقص بالنشر كَمَادُه؛ فإن هذا لا يمنع من الردّ لكون المشتري لا يعلم العيب إلا باختبار المبيع، واختباره ها هنا بنشر الثوب المطوي.

وكمن اشترى قثاء فكسره فوجده مُرًّا. على ما تقدم ذكره في كتاب العيوب، لما تكلمنا على العيوب الباطنة التي لا تعلم إلا بعد البيع.

وذكر أصحاب أبي حنيفة أيضاً أن الأصل في المتلفات المكيلة القضاء بأمثالها؛ وها هنا لم يردّ اللبن ولا مثلهُ بلْ ردّ عوضه تَمراً، وهذا خلاف الأصول.

والانفصال عن هذا ما تقدم من كون هذا شُرِع لِرفع النزاع؛ واللبن إذا حلب غُيّر عن الحال الذي كان عليه في الضرع، ونقله إلى حالة أخرى؛ فلهذا لم يُردّ بعينه، ولا ردّ مثله، لكون ما في الضرع مجهولاً، والمجهول إنما تغرم قيمته.

وأشار الطحاوي إلى ثبوت حديث المصراة. ورواه منسوخاً بنهيه عن الدين بالدين. وهذا تعسف في التأويل، في دعوى النسخ بهذا. وإذا كان قد ساهمه في هذه الطريقة أشهب من أصحاب مالك، وأشار إلى كونه منسوخاً بقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان». وهو الذي أشار إليه أشهب في المدونة وغيرها، وضعّف حديث المصراة من أجله، وذكر أن مالكاً ضعفه، وهكذا قال ابن شعبان في مختصره: إن حديث المصراة ليس في الموطأ، ولا بالثابت.

يشير إلى أنه لم يتوطّأ على العمل[1]، ولا يثبت الأخذ به. لا يستقل[2] حجة في رد حديث المصراة، ومالك الذي أشار إلى ضعفه هو الذي رواه. ورواه غيره من أصحاب الصحيح كالبخاري ومسلم وغيرهما.

وقوله: الخراج بالضمان؛ عام في المصراة وغيرها، فلا ينسخ العام الخاص، بل المعروف عند أهل الأصول من الفقهاء تخصيص الحديث العام بالحديث الخاص.

والنسخ إنما يكون مع مناقضة حديث بحديث، مع أن المناقضة أيضاً تفتقر إلى علم التاريخ حتى يكون الأخير منهما ناسخاً للأوّل، وهذا كله يعسر وجوده في حديث المصراة وحديث: الخراج بالضمان.

وإذا ثبت النهي عن تصرية الإبل والغنم بالنص عليها، فالبقر كذلك لأن لبنها فوق لبن الغنم ودون لبن الإبل، فهما كالمنبهان على الوسط الذي بينهما.

وقد وقع في رواية ابن عمر العبارة عن هذا بقوله: «من اشترى محفلة» والمراد/ ما حُفِّل اللبن في ضرعها تسمى محفلة. ومنه قوله: مَحْفَل من الناس، أي جمع كبير. والبقرة التي يجمع لبنها في ضرعها تسمى محفلة.

وأما لو كانت التصرية في غير الأنعام، كالحمير، فإنه ينهى عنه. وللمشتري مقال إذا اطلع عليه، لكون زيادة لبنها يزيد في ثمنها لأجل تغذية ولدها.

وهكذا لو حُفّلت جارية بأن حبس لبنها، فإن ذلك أيضاً من التصرية المنهي عنها.

كذا ذكر أصحاب الشافعي في هذين السؤالين. والذي قالوه يجب أن يُسلَّم إذا علم أن اللبن في الجواري وفي الأتانة مما يزاد في الثمن لأجله. وإن

---

(1) في (م): لم يتواطأ إلى العمل به.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وهذا لا يستقل...

كان هذا مما لا يلتفت الناس إليه، ولا يعرجون عليه على حال، فإنه لا يسلم ما قالوه، ولكن إذا كان الأمر على هذا فلا يقع أحد في التصرية والاشتغال بها، لكونه لا يفيد في غالب الأمر.

«**والجواب عن السؤال الرابع** أن يقال:

إذا تقرر تحريم بيع المصراة، فإنه إذا وقع لم يفسخ العقد، وإن كان منهياً عنه، لأنه عليه السلام قال: إنه إذا رضيها أمسكها؛ والعقد الفاسد ليس للمشتري التمسك به. فإن قيل: فإنه بيع منهي عنه، والنهي يدل[1] على فساد المنهي عنه قولاً مطلقاً، فلا يلزم أن يفسد بيع التصرية. ومن قال: إنه يدل على فساد المنهي عنه؛ فإنه يقول: إن هذا النهي راجع لحق المخلوقين في ألاّ يُدلَّس عليهم، ومثل هذا النهي لا يدل على الفساد. فإن قيل: قد قال القزويني، من أصحاب مالك، وابن الجهم، في بيع النجش: إنه يفسخ، لنهيه عليه السلام عنه؛ والنهي عن بيع النجش لحق المخلوقين.

قيل: هذا إنما يقال على مقتضى ما يوجبه الدليل على الجملة عند من ذهب إلى أن النهي يدل على فساد المنهي عنه على الإطلاق، ما لم يقم على إمضاء البيع دليل، وهو ما قارن النهي عنه من إمضائه إذا اختار المشتري التمسك بالمصرّاة، وهو قوله عليه السلام: «فإن رضيها أمسكها»»[2].

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا اختلف الناس في حكمها إذا حلب لبنها. فكنا ذكرنا عن أبي حنيفة أنه ذكر عنه أنه كان يرى التصرية ليست بعيب يوجب للمشتري مقالاً، فهذا لا يوجب على المشتري في اللبن شيئاً. وجُلّ العلماء على أن لبن المصراة للبائع، لكونه قد جمع في ضروعها حين العقد، وهو مبيع معها، فوجب أن يكون للبائع. وإنما يكون، للمشتري ما حدث من اللبن في ضروعها بعد عقد الشراء وبعد أن صارت إليه، لأنه خراج، والخراج بالضمان.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: لا يدلّ. . .

(2) ما بين القوسين مكرر مع ما جاء في ص 990.

فلو ردت الشاة بعيب آخر، غير عيب التصرية، فإن ابن المواز ذكر أنه لا يرد عوض ما حلب. وأشار إلى قصر الحديث في وجوب ردّ الصاع على ما ذكر فيه خاصة، وأبقى ما سواه على أحكام العيوب؛ فإن من رد شاة بعيب لا يردّ لبنها، إذا كان غير مقصود في الشراء، ولا حصة له من الثمن فجرى مجرى ما يغتله المشتري. فإذا لم يقم المشتري بعيب التصرية ورضيها، فقد أسقط حقه في ما زاده من الثمن لأجلها لما عظم ضرعها، فصار كالمقر على نفسه أنّ اللبن لا حصة له من الثمن. وذكر بعض الأندلسيين عن ابن مزين أنه ذكر عن أشهب أنه إذا ردها بعيب، وقد رضي بتصريتها، فإنه يرد الصاع. وإلى هذا مال بعض أشياخي.

وقال المروزي: إنه يرد الصاع من التمر ولو ردها بغير عيب التصرية.

وقال أشهب، في من أكل لبن الشاة وردها بعيب، فإنه لا يردّ عوض اللبن شيئاً. وأشار إلى كونه غلة.

وذهب ابن حنبل إلى أن هذا اللبن لما تعذّر ردّه صار ذلك كفوت المبيع، وفوته يوجب قيمة العيب. فمنع من ردّ المصراة لما حدث من النقص في الشاة. وقد كنا حكينا في كتاب الردّ بالعيب طريقة من ذهب إلى أن نقص المبيع عند المشتري يمنع من رده بالعيب، ويوجب قيمة العيب، فكذلك المصراة.

وقال عيسى بن أبان: كانت العقوبة في الأموال بأن يحرم من دلَّس بعيب الثمنَ عقوبة له، ثم نسخ ذلك بأنه لا يحرم الثمن. فلما كان لبن المصراة لا يعرف ما كان منه للبائع ولا ما كان منه للمشتري عدل فيه إلى أخذ قيمة عيب التصرية.

وذهب أبو يوسف وابن أبي ليلى إلى أن الواجب قيمة اللبن الذي كان في الضرع حين عقد البيع. وإنما حكم ﷺ بصاع من تمر لأنه في زمنه كان قيمةَ اللبن.

وذكر أبو حامد اختلاف أصحاب الشافعي في الصاع من التمر إذا كان يزيد

على قيمة الشاة أو يساويها. فقال بعضهم: يجب أن يرد قيمة الصاع من التمر. ويعتبر فيه قيمته حينئذ بمدينة النبي عليه السلام لما وجب أن يعدل عنه لكونه يقتضي خلاف الأصول من كون البائع يحصل على رد الثمن والمثمون، وهو الشاة وقيمتها، وقال بعضهم: بل يرد صاعاً من التمر، لأن الصاع عوض اللبن لا عوض الشاة. فلا يتصور فيه أن يحصل فيه للبائع الثمن والمثمون.

وقال بعض المتأخرين: ظاهر مذهبنا رده الصاع، ولا يلتفت إلى غلائه ولا إلى/ رخصه. وكذلك اختلف الناس في التصرية إذا كانت في شاة[1] كثيرة فحلبت، هل يرد مع كل شاة صاع تمر، أو يرد على لبن الجميع صاعاً واحداً؟ فذهب أحمد بن خالد الأندلسي، في ما ذكر عنه، إلى أنه يرد صاعاً واحداً عن الجميع، اتباعاً لظاهر الحديث. وذهب أبو القاسم بن الكاتب إلى أنه يرد عن كل شاة صاعاً.

فأما ابن خالد فإنه يحتج بأن النبي عليه السلام أوجب صاع تمر في حلاب الناقة، وهو اضعاف حلاب الشاة، وأوجب في الشاة الواحدة صاعاً من تمر، ولم يلتفت إلى الكثرة والقلة في اللبن؛ فكذلك لا يلتفت إلى زيادة العدد.

وأما ابن الكاتب فإنه يقول: إنما قضى بصاع تمر رفعاً للخصام، كما قضى في الجنين بغرة، عبد أو وليدة، مع اختلاف دية الذكر والأنثى، قطعاً للخصام. ثم لو طرحت المرأة أجنّة لقضى في كل جنين بغرة، عبد أو وليدة. فكذلك في الشاة إذا تعددت. وينفصل عما قاله ابن خالد بأن لبن الناقة وإن كان أكثر فإنه أدنى لأنه لا يستخرج منه زبد ولا جبن، فكأنه وإن كثر يساوي لبن الشاة وإن قلّ.

وإذا علم المشتري بالتصرية وعقد الشراء عليها، فإنه لا يكون له مقال في الردّ بها، لأنه عيبٌ رضي به. إلا أن يظهر إذا استدام حلابها، أنها تقصر عن عادة أمثالها، فيكون له مقال بذلك على ما سننبّه عليه بعد هذا.

---

(1) هكذا، والصواب: شِيَاه.

وذكر أبو حامد أن هذا عندهم على وجهين، أحدهما أنه عيب رضي به، فلا مقال له فيه. والثاني أن له مقالاً، لكونه يرجو أن يستديم هذا القدر من الحلاب.

وكذلك ذكر في المصراة أنه إذا لم يعلم بها حتى حلبها، ثم استدام حلابها، فانتقلت عادتها إلى أن صارت يحلب منها مثل ما صرّاها به، فذكر أن هذا يجري على القولين في من اطلع على عيب فلم يقم به حتى زال العيب؛ كأمة أعتقت تحت العبد فلم تختر حتى أعتق العبد، ففي ثبوت خيارها بعد عتق زوجها قولان.

وقد كنا نحن تكلمنا على أحكام العيب إذا ذهب قبل القيام به في الرد بالعيب.

وذكر أيضاً في الجارية إذا صرّيت، فردها بعيب التصرية، أن المسألة عندهم على وجهين، أحدهما: أنه لا يردّ عوض اللبن، إذ لا قيمة له. والآخر: أنه يأخذ قيمة العيب لما لم يُمْكِن ردُّ اللبن، وهو مما لا يقوّم، فاقتضى هذا أخذ قيمة العيب. وأشار بعضهم إلى أنه يمكن أيضاً أن يقال: يرد بدل لبنها صاعاً.

ولو كانت أتانة[1] صرّيت، فإنه ذكر أن بعضهم ذهب إلى طهارة لبنها. فيقضي هذا أن يرد عوضه صاعاً.

وذهب الشافعي إلى نجاسة لبنها، فلا يجب، على مقتضى هذا، أن يردّ عوضه صاعاً.

وإذا حلب المشتري الشاة المصراة حلبة ثانية، فلا يعدّ ذلك منه رضى بعيب التصرية؛ لأنه، وإن انكشف له العيب، فإنه قد يجوز أن يكون لفساد مرعى.

فإذا حلبها حلبة ثالثة، ففيه قولان: هل يكون ذلك رضى، كما ذكر في الموازية؛ أو لا يكون رضى، كما حكي عن مالك؟ وقال بعض أصحابه: بعد

(1) تاج العروس: 34/154.

أن يحلف المشتري على كونه غير راضٍ. وفي المدونة أحال على قرينة الحال، وهو اعتبار ما يفهم عنه، فقال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه اختبرها عُدَّ ما بعْدَه رضًى[1].

وفي الحديث الذي خرجه البخاري ومسلم في المصراة، أنه عليه السلام (جعل له الخيار ثلاثة أيام).

وبعض أصحاب الشافعي يحمل هذا الحديث على أن المشتري اشترط الخيار ثلاثة أيام، لأن الخيار من ناحية العيب يكون قبل الثلاث وبعدها.

وبعضهم ذهب إلى أنه لم/ يشترط، وإنما ذكر في الحديث لأن الثلاث حلبات بها يتحقق أمرها.

وإذا لم تكن الشاة مصراة واشتراها المشتري في إبان الحلاب، فإن البائع إذا كان يعلم قدر حلابها فإن عليه أن يبيّنه للمشتري، كصبرة يعلم البائع كيلها، فإنه إن لم يُعلم به المشتري، وإلا[2] كان للمشتري رد ما اشتراه لأجل كتمانه العلم له. ولو كان ذلك في غير إبان الحلاب، فإن ابن القاسم يرى أن المشتري لا يكون له مقال إذا لم يذكر له البائع قدر حلابها. وأشهب يوجب له في ذلك مقالاً. وابن المواز يستدل بثمنها، من كثرته وقلته، على أنه زاد في الثمن لأجل حلابها، ولم يزدْ فيه[3]. وإذا كان له الردّ، وردّها بعيب آخر، فإنه لا يرد عوض اللبن الذي كان في ضرعها، لأنه غير مقصود حين العقد، فأضيف إلى ما بعده من الحلاب، وكان الجميع غلّة.

وقد قال الشافعي عن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة: إنه قال له: ما تقولون في الشاة إذا لم تصرّ وردّها بعيب، هل يرد عوض لبنها صاعاً من تمر؟ فقلت له: لا يرد. والفرق بينها وبين التصرية أن المصراة إذا دلس البائع

(1) المدونة: 4:286.
(2) هكذا، والصواب حذف (وإلا) ليستقيم المعنى.
(3) هكذا، وهي غير واضحة.

بالتصرية ليزاد في الثمن لأجل اللبن، صار اللبن فيها ها هنا مقصوداً، والتي لم تصرّ هو فيها غير مقصود فلا يردّ عوضه.

ولو شرط المشتري في شاة أنها تحلب أقساطاً معلومة كل يوم، فحلبت دونها، فإنه يردها بهذا العيب؛ وذلك آكد من ردها بالتصرية.

وإن اشتراها على تصديق البائع في ذلك، كان ضمانها منه ولبنها له.

وإن اشتراها على الخيار، (فإن صح ما قال البائع، والتزمها لم يكن له من اللبن إلا ما حدث بعد التزامها)[1].

قال القاضي أبو محمد، رضي الله عنه:

والحُكرة ممنوعة إذا أضرت بأهل البلد، في كل ما بِهِمْ حاجة إليه، من طعام وغيره. ولا تمنع إذا لم تعد بالضيق والضرر.

ومن جلب طعاماً خلّي بينه وبينه، ولم يُجبر على بيعه.

قال الشيخ الإمام، رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما حكم ادخار الجالب؟

2 ـ وما حكم ادخار المشتري؟

3 ـ وما حكم الطعام في الشدة إذا عرضت؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

ذكر في المدونة وغيرها حكم الاحتكار. والمراد بهذه اللفظة الخزن والادخار. وذلك ينقسم فيه المالكون على قسمين، والمملوكات على قسمين، وحالة الادخار على قسمين. فأما المالكون، فإن منهم من يخزن ما جلبه من مدينة أُخرى ويدخره. ومنهم من يشتريه بمدينته فيدخره.

---

(1) في هذا الحكم نظر.

فأما من يدخره وقد جلبه إلى مدينته، فإنه لا يمنع من خزنه وادخاره رجاء غلائه. وقد روى مالك في الموطأ: إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لا حكرة في سوقنا، لا يعمد رجال إلى فضول أذهاب عندهم فيشترون بها من رزق الله الذي نزل بساحتنا. لكن من جلب على كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر، يبيع إذا شاء، ويمسك إذا شاء[1]. فأخبر أن الجالب المسافر إلى مدينة بالطعام بخلاف الساكِنِ بها المشتري للطعام منها. فأباح ذلك للجالب. قال مالك: وكذلك الزارع. ونَهَى عنه المقيمَ بقوله: لا حكرة في سوقنا.

ووجه هذه التفرقة أن الجالب للطعام لم يزاحم أهل البلد على شرائه، فيكون ذلك سبباً في غلائه، بل ربما كان الجالب سبباً في رخصه لتكثير ما يقدم به هو وغيره من المسافرين بالطعام. وكثرة الشيء تقتضي رخصه.

وقاس مالك على هذا/ الزارعَ، لكونه مشاركاً للجالب في هذا المعنى، لأنه أيضاً لم يزاحم الناس في شراء الطعام؛ بل زراعته وزراعة غيره تكون سبباً في رخصه بإذن الله تعالى.

وأما المملوكات فإنها تكون أقواتاً كالحبوب والقطاني وما في معنى ذلك، وتكون غير أقوات كالعروض وما في معناها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما حالة الادخار، فإن الادخار لغير الجالب والزارع، إذا أضر بأهل البلد شراء أحدهم لطعام يختزنه ويدخره رجاء غلائه، فإنه يمنع من ذلك. وهذا لا يختلف فيه.

وكذلك غير الطعام من سائر المتملكات التي تكون المسامحة بشرائها والتَّجر بها سبباً لإضرار الناس بغلاء أسعارهم ولحوق الضرر بهم، فإنه ممنوع من ادخارها وشرائها للربح. لأن التمكين من هذا لرجاء المنفعة لا يقابل ما

(1) الموطإ: حديث 1898 باب الحكرة والتربص.

يتضمنه من لحوق الضرر العام للجمهور.

ومن الأمثال المستعملة: صيانة رأس المال أولى من طلب الربح. لأن رأس المال إذا عدم عدم الربح. وكذلك إذا كان طلب هذه المنفعة من الربح الذي يرجوه، يقابله ضرر الجماهير، فإن إزاحة الضرر عنهم مقدم على طلب هذا فائدةً منهم.

ومقتضى هذا التعليل ألاّ يمنع من ادخاره للقوت، لما في ذلك من حفظه حياته وحياة عياله، والتحرّز من لحوق الضرر به بفقد القوت.

وقد وردت الآثار بادخار الأقوات. وقد قيل لبعض المتصوفة: إن من حقيقة التوكل على الله، ألاّ يدخر الإنسان شيئاً يعول عياله، بل إنما يجرد عزمه بالتعويل على الله. والنبي عليه السلام رأس المتوكلين، فما باله ادخر القوت لأهله؟ فقال: باطنه ﷺ التوكل، وظاهرهُ الادّخار ليسنّ لأمته جواز الادخار للأقوات.

وأما الادخار طلباً للربح، ولكنه قد يتضمن مرفقاً للناس من جهة، وضرراً من جهة أخرى، مثل من يشتري الطعام من السوق الأعظم حيث يجتمع فيه طعام الجلابين، ثم يبيعه على يديه في أطراف المدينة؛ فإن ظاهر المذهب في هذا الجواز، وهو المنصوص في هذا. ولكن سئل مالك عن من يشتري الطعام للطحن؟ فقال: أرى أن يمنعوا من ذلك. وهذا كأنه يشير إلى خلاف ما نص عليه، لأن مزاحمة من يبيعه على يديه بأطراف المدينة فيه مرتفق لمن لا يقدر على/ الشراء من السوق الأعظم لعجزه عن ذلك، أو لكونه يُعرض عن البيع منه إذا طلب القليل، فكان من المصلحة إباحة هذا لتضمنه مصلحة ورفقاً بأهل الحاجة، وإن تضمن غلاء في الأسعار.

وكذلك من يشتريه ليطحنه ويبيعه دقيقاً، فيه أيضاً مرتفق بمن لا يتمكن له الطحن لعجزه عنه، أو لكونه إن اشتغل به فاته التغذي بالطعام وقت الحاجة إليه. وكذلك أيضاً من يشتريه ليبيعه خبزاً. هذا كله مسلكه واحد، وهو

الالتفات إلى الموازنة ما بين منفعة ومضرة، أيهما أولى بأن يقدم على صاحبه. فصار شراؤه للاحتكار على وجه يضرّ بالناس ولا يتضمن منفعة لهم ممنوعاً، بلا خلاف. وعلى وجه تتقابل فيه منفعة من جهة ومضرة من أخرى، فيه من الاختلاف ما ذكرناه وأسندنا الخلاف فيه إلى الموازنة ما بين الضرر والمنفعة.

وأما إذا كان شراء ما يدخر لا يضر بأحد من الناس، فإنه إذا كان مما لا تعمّ البلوى بالحاجة إليه، كالبزّ والعطر، فإنه يجوز شراؤه وادخاره بلا خلاف. وإن كان مما تمس الحاجة إليه، كالأقوات وما في معناها، ففيه قولان، المشهور من المذهب/ في المدونة وغيرها، جواز شرائه للادخار، واعتبار لحوق الضرر وفي الاحتكار عموماً في كل المتملكات يمنع شراءَها للادخار.

وارتفاع الضرر عن الناس إذا اشتريت، لكونها لا يغلو سعرها بشرائها، ولا يلحقهم ضرر من ذلك، إنه يجوز أيضاً في سائر المتملكات.

وذكر ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، أنهما يمنعان من احتكار الأقوات والعلوفات، كالحبوب والقطاني، وما يلحق بذلك كاللحم والسمن والزبيب[1] والعسل وشبه ذلك. ويذكر أن مالكاً كرهه.

وهذا ليس باختلاف في فقه، وإنما هو اختلاف في شهادة بعادة. لأن ابن حبيب أشار في كتابه بهذا المذهب إلى أنّ احتكار الأقوات لا يكون أبداً إلا مضرًا بالناس؛ ونحن قد حكينا أن الضرر إذا لحق ارتفع الخلاف في المنع من الادخار. وقد وردت آثار يقتضي عمومها ما قال مطرف وابن الماجشون. فروي أنه عليه السلام: (نهى عن احتكار الطعام). وروي عنه أنه قال: (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون)[2]. وإنه أيضاً قال: (من احتكر طعاماً أربعين يوماً بريء من الله، والله بريء منه)[3]. وروي عنه أنه قال: (لا يحتكر إلا خاطىء)[4].

---

(1) في (م): والزيت.

(2) ابن ماجه: 2: حديث 2153. وضعفه في الزيادات.

(3) أحمد: الفتح الرباني: 15/62، 63.

(4) ابن ماجه: 2 حديث 2154.

وهذه العمومات ربما اقتضت خلاف التفصيل الذي فصلناه، لكنا نخصصها بما أشرنا إليه من طرق الاستدلال والاعتبار بشواهد الأصول.

وقد ذكر أبو حامد الإسفرائيني في أن مالكاً ينهى عن الاحتكار فيما يضر إذا كان من الأقوات؛ ولا ينهى عنه إذا كان خارجاً عن ذلك، مثل السكّر وشبهه. ونحن قدمنا من مذهبه/ ومذهب أصحابه خلاف ما أشار إليه. قال: وأما صاحبنا ـ يريد الشافعي ـ فلم يذكر هذا. وأشار إلى أنه لم يتكلم على المسألة، ولهذا أسندها لمالك.

فإذا وقع الادخار على الوجه الممنوع، فقد حكى ابن مزين عن عيسى أنه قال: يتوب المحتكر، ويخرج ما اشتراه إلى السوق، ويبيعه من أهل الحاجة برأس ماله الذي اشتراه به. وذكر غيره من أصحاب مالك أنه إن لم يفعل هذا بيع عليه من أهل السوق، يشتركون فيه برأس ماله إن علم، أو بقيمته يوم اشتراه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

أما إن احتكر ذلك المحتكر على وجه يجوز، ثم حدث غلاء وشدة احتيج فيه إلى الطعام المحتكَر، فإنه سئل مالك: هل يباع عليه هذا الطعام؟ فقال: ما سمعت. وذكر عنه أيضاً أنه قال: يؤمر بإخراجه إلى السوق فيبيعه من الناس. وقيل أيضاً: إن لم يفعل، فعل الإمام ذلك. وهذا تغليب لأحد الضررين، لأن الإضرار بهذا بإخراج ملكه عنه بغير رضاه أخف من ضرر الناس بعدم أقواتهم.

وقال أبو داود: اتفق العلماء، إلا من لا يعد خلافه خلافاً، على أن من احتكر طعاماً ثم احتاج الناس إليه، واشتدت فاقتهم إلى الاقتيات به وهو مستغن عنه، أنه إن لم يبعه بثمن مثله فهو عاص.

وإذا كان لا حاجة لهم به، فإنه لا حرج عليه في إمساكه رجاء غلائه. وأما المحتكر على وجه يجوز، فهل يأثم بتمني غلاء الطعام ليعظم ربحه فيه أم لا؟ فظاهر مذهب مالك أنه لا حرج عليه في إمساكه رجاء غلائه ومحبته لارتفاع سعره. وقد قال لما سئل عن هذا: ما أحدٌ إلا يحب غلاء سلعته.

وحكى لي أحد أشياخي عن أحد أشياخه منتصراً لهذا الذي أشار إليه مالك، بأن قال: قد اتفق على أنه لو كانت سفينتان بجزيرة في البحر، إحداهما تتوجه إلى المشرق والأخرى إلى المغرب، أنه يسوغ لركاب كل واحدة من السفينتين أن يتمنوا الريح التي/ تسيرهم إلى مقصدهم، وإن كان فيه حبس الآخرين، وحبسهم يَلحقهم الضرر به.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:

والتسعير على أهل الأسواق غير جائز. ومن زاد في سعر أُخرج من سوق الملسمين، إلى أن يلحق بالناس.

قال الشيخ رحمه الله تعالى:

يتعلق بهذا الفصل سؤالان:

1 ـ أحدهما أن يقال: ما حكم التسعير لمنفعة الجمهور؟

2 ـ وما حكم التسعير لمنفعة أهل السوق؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

التسعير على وجهين:

أحدهما يتضمن تحجيراً كليًّا، مثل أن يجبر الإمام من عنده الطعام أو غيره مما في معناه، على بيعه، كره أو رضي. فهذا لا يسوغ باتفاق. ولا يجوز جبر المسلم على إخراج ملكه بغير اختياره، من غير سبب يوجب ذلك. لكن لو حدث غلاء أو شدة ببلد عدم فيه الطعام إلا عند قوم مخصوصين، إنْ لم يخرجوا طعامهم للبيع من الناس هلك الناس. فإن هذا قد تقدم الكلام عليه، وذكرنا أن الإمام يأمرهم بإخراجه، لوجوب المواساة عليهم، وكون حياة المسلم واجبة على أخيه المسلم. فإذا أبقى لنفسه من الطعام ما يحفظ به حياته وحياة أهله صار إمساك ما زاد على ذلك يحرم عليه، لما يتضمنه من هلاك أخيه المسلم، والشرع قد تقرر فيه تحريم هذا.

وأما التسعير بمعنى أن يحدّ الإمام ثمناً ينهى عن أن يُتَعدى لمن حاول البيع، ويجعل الخيرة إليه في البيع، إن شاء أمسك طعامه وغيره، وإن شاء باعه. ولكنه إذا شاء البيع فلا يتعدى الثمن الذي حَدّ له. فإن هذا أيضاً على قسمين:

أحدهما أن يكون الطعام بيد رجل جلبه أو زرعه؛ أو رجل لم يجلبه ولم يزرعه ولكنه احتكره بشرائه من أسواق المسلمين على وجه يجوز له، فإن كان ما بيده من الطعام هو جلبه من مدينة أخرى أو زرعه فإنه لا يُخْتلف في أن الإمام لم[1] يسعر على هذا. وإن كان الطعام بيد محتكره بشرائه من سوق المسلمين، ورأى الإمام من المصلحة للناس أن يأمرهم ببيعه بثمن يحدّه لهم ولا يتعدوه، فهذا مما اختلف الناس فيه. وأكثر العلماء على النهي عنه. وبالنهي عنه قال ابن عمر رضي الله عنه، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبو حنيفة، والشافعي، وهو أحد القولين المشهورين عندنا.

وذهب ابن المسيب ويحيى بن سعيد وربيعة إلى تمكين الإمام من هذا إذا رآه من المصلحة. وهو أحد القولين عندنا.

وقد سئل عن الإمام يقول للجزارين: بيعوا لحم الضأن رطلاً بدرهم، ولحم الإبل نصف رطل بدرهم. إن هذا لا بأس به. ولكن يخاف أن يقوموا. فأشار إلى جواز التسعير في هذه الرواية من ناحية الفقه، ولكن وَقَفَ فيها إلى جواز التسعير من ناحية المصلحة، لأنه لا أحد من العلماء يبيح للإمام أن يحجر على الناس أموالهم تحجيراً لا مصلحة فيه للجمهور.

وإنما يقع الاضطراب فيما فيه مصلحة. فمن يلتفت إلى القضاء بالمصالح أباح التسعير، ومن يلتفت إلى مضرة أصحاب الأموال في أن يحجر عليهم في أموالهم الثمن الذي يختارونه منع من التسعير. فصار الأمر ينحصر إلى أنه متى كان التحجير لا يتضمن مصلحة فإنه يمنع منه، ومتى كانت المصلحة لا تقابلها

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا.

مضرة ولا مفسدة لأحد فإنه يجوز للإمام فعله. وإنما يقع الإشكال في ما امتزج فيه ضرر ونفع، كما مثلنا به.

وقد أشار ابن حبيب إلى أن الخلاف في التسعير فيما سوى القمح والشعير وشبههما. وهذا الذي قاله لا يتضح له وجه، إلاّ أن يحمل على أن ذلك في حق جالب الطعام من بلد إلى بلد. وإلى هذا/ المعنى أشار، لأنه لما ذكر هذا قال: إن القمح والشعير يبيعه الجالب، ولا يمكن من يشتريه منه للتجارة ليبيعه على يديه. بخلاف غيره من الممتلكات التي تباح للتجارة أن يشتروها من الجالبين ليبيعوها على أيديهم.

وهذا حكم التسعير على المحتكر قد بيناه. والمسألة تستند إلى آثار. فمما يعوِّل عليه من ذهب إلى النهي عنه ما خرّجه الترمذي في كتابه عن النبي عليه السلام أنه «لما قيل له: سَعِّرْ لنا، يا رسول الله. فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق وإني لأرجو أن ألقى ربي، وليس أحد منكم يتبعني بمظلمة في دم ولا مال»[1] الحديث كما ذكره الترمذي، وأردفه بأن قال: هذا حديث حسن صحيح.

وإطلاق هذا الحديث بعمومه يقتضي منع التسعير على الجملة على الجالب والمحتكر في المدينة.

وأما من ذهب إلى جواز التسعير فإنه يحمل هذا الحديث على أنه ﷺ إنما طلب منه أن يسعر على الجالب، فلم يفعل، وفيه قال ما قال. وقد ذكرنا الاتفاق على أنه لا يسعر على الجالب. ويخص هؤلاء هذا العموم بفعل الصاحب. وقد اختلف أهل الأصول في تقليد الصاحب، لا سيما إن كان إماماً من الخلفاء الراشدين. وقد ذكر مالك في الموطأ أن «عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بَلْتَعَة وهو يحاول بيع زبيب له، فقال له: بع بكذا، أو فأدخل زبيبَك بيتك». وقد روى هذا الحديث غير مالك بأتمّ من روايته؛ فذكر أنه إنما

(1) الترمذي: البيوع: 73. حديث 1314.

«مرّ به، وبين يديه حملان زبيباً، فقال له: كيف تبيع هذا؟ فقال: رطلين بدرهم. فقال: بلغني أنه تقدم من الطائف رفقة، أخاف أن يقتدوا بك، فرخّص على الناس أو أدخل زبيبَك بيتك».

ومن يمنع التسعير يجيب عن هذا بأنه: لا يخص حديث النبي ﷺ بمذهب ذهب إليه الصاحب رضي الله عنه. وأيضاً فإنه قد ذُكر عن عمر رضي الله عنه أنه عاد إلى حاطب بن أبي بلتعة فاعتذر إليه، ورجع عن قوله، وأخبره أنه قال ما قال من غير عزم عليه[1].

وإذا تقرر الخلاف في التسعير، وسبب الخلاف فيه من اختلاف هذه الآثار وتأويلها، فإنا نذكر صورة صفة التسعير. فقد قال ابن حبيب: إذا حاول الإمام التسعير، فإنه يجمع وجوه أهل السوق الذين يسعر عليهم، ويستظهر على صدقهم بغيرهم ممن هو ليس من أهل السوق، ويسألهم عما يشترون به ما يبيعونه من الناس، فإذا عرف ثمنه سألهم عن مقدار ما يربحون، ونازلهم في ذلك بقدر ما يراه مصلحة للناس، ولا يكون فيه إضرار بهم في الربح، فإن وافقهم على شيء فتراضَوْا به، فحينئذ من تعداه من أهل السوق وعاند أمره أخرجه من السوق. قال: وعلى هذا أجاز من أجازه. قال: وإنما يكون التسعير في المكيل والموزون، طعاماً كان أوْ غيره، دون العروض. فكأنه رأى أن العروض تراد لأعيانها، وتختلف الأغراض فيها، بخلاف المكيل والموزون الذي تتساوى الأغراض في جنسه. وأشار إلى ما كنا قدمناه من الخلاف في التسعير أنه لم يُرِد به جَبر الناس على بيع أموالهم بثمن معلوم، ولا أن يحرم عليهم تعدّي ما يحدّ لهم من الثمن، ولكن إذا تراضى هو وأهل السوق على البيع/ بسعر صار من خالف ذلك من سوى أهل السوق أدخل ضرراً على المسلمين، فوجب أن يعاقب عليه بإخراجه من السوق، أو غير ذلك. فهذا حكم التحجير والتسعير الذي يعود بصلاح العامة والجمهور.

(1) انظر تخريج روايات هذا الأثر في الاستذكار: ج 20: ص 70 وما بعدها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما ما يعود بمصْلحة أهل السوق في أنفسهم، فإن ابن القصار ذكر: أن مالكاً رضي الله عنه قال: من حطّ من السعر قيل له: الْحَقْ بسعر الناس أو فاخْرجْ من سوقهم.

واختلف أصحابنا في تأويل كلامه هذا. فقال البغداديون من أصحابنا: مراده بقوله: من حطّ من السعر: أغلى في السعر. قال: وقال بعض المصريين من أصحابنا: مراده بقوله: من حط من السعر؛ أي أرخص فيه. وهذا قد يسبق إلى فهم سامع هذا اللفظ أن المراد بقوله: حط؛ أي أرخص؛ كما قاله المصريون من أصحابنا، الذين حكى عنهم ابن القصار. لكن ما قاله البغداديون من قولهم: إنه أراد بقوله: حطّ؛ أي أغلى. فإنه يتصور في كثير من البلاد؛ وهم الذين يبيعون مثلاً الخبزة بدرهم وفيها رطل، فيعمد آخر في السوق فيبيع بدرهم، ولكن يجعل وزن الخبزة نصف رطل، فكأنه حطّ في وزن المبيع، وهي في الحقيقة غلاء في الثمن. فهذا الذي ذكر ابن القصار؛ ولكنه قال: إن الوجهين ممنوعان عندي، أن يبيع بأغلى أو بأرخص، لأن الأغلى إذا باع به كان فيه تغرير بمن يشتري منه، وإن باع بأرخص كان فيه مضرة بأهل السوق في تكسيد سلعهم. واعتبار ضرر الأكثر أولى، وليس هذا من التسعير ولكنه من رفع الضرر. وقد ردّ النبي ﷺ الأسرى على الكفار بعد إسلامهم، لما في ذلك من المصلحة لعامة المسلمين في كون الكفار يعتقدون الثقة بما يعاهدونهم عليه.

ولكن الرواية المشهورة عندنا في هذا أن أهل السوق إذا اختلف بيعهم، فأرخص بعضهم وأغلى بعضهم، فإنه إن كانت الفئتان متساويتين في العددين أو متقاربتين، فإنه لا ينكر على المرخصين ويقَرّون على ما هم عليه، لأن ما فعلوه هو أنفع للجمهور وأصلح لهم. وينظر في الفئة الأخرى التي أغلت في الثمن. فإن قلنا بمنع التسعير، على أحد القولين، لم ينكر عليهم، أيضاً، ويبقى السوق

على ما هو عليه من اختلاف سعره. وإن قلنا بجواز التسعير حط هؤلاء مقدار ما يقتضيه التسعير عليهم لو انفردوا، ولا يلزمهم أن يرجعوا إلى ما باع به المرخصون.

وإن كان إحدى الفئتين كثيرة والأخرى قليلة، فإن كانت القليلة هي التي أرخصت، والكثيرة هم الذين أغلوا، فإنهم يُبْقُون الذين أرخصوا على ما هم عليه؛ وإن كان الذين أغلوا الفئة القليلة، مُنعوا من ذلك لما يؤدي إليه من اغترار الطارىء على السوق ممن لا يعرف الأسعار، فإذا ساومه هؤلاء بالسعر العالي اعتقد أن سائر أهل السوق يبيعون كبيعهم فصار يماكسهم على أن جميع أهل السوق على السعر الذي أخبره هؤلاء. فهذا ظاهر الروايات على هذا التفصيل. والذي ذكرنا عن ابن القصار حكاه قولاً مطلقاً، ومقتضاه على ظاهره، أنه إذا أرخص[1] الفئة القليلة منعوا من ذلك لما يلحق الجمهور من أهل السوق من الضرر ببوارسلعتهم، وأن أحداً لا يشتريها منهم وفي سوقهم من يبيع أرخص منهم. فيكون هذا التفت إلى مضرة أهل السوق خاصة دون منفعة العامة في الترخيص. وهذا الذي ذكرناه في من سوى الجالبين.

وأما الجالبون فقد ذكرنا أنهم لا يسعر/ عليهم، ولهم أن يبيعوا بديارهم أو بالسوق الأعظم. بخلاف المحتكر فإنه لا يمكّن من أن يبيع بداره بل يؤمر بإخراج الطعام إلى السوق الأعظم، لأن بيعه في الديار فيه ضرب من الإخفاء يؤدي إلى إعْزاز الطعام وغلائه. والجالب قد ذكرنا أنه ينبغي أن يلتفت إلى التوسعة عليه ليكثر جلبه إلى المدينة. ويخاف، متى ضُيّق عليه وحجر، ألاّ يجلب إلى المدينة شيئاً. فإن اختار الجلابون البيع بالسوق فقد ذكرنا أنهم لا يسعر عليهم.

ولكن إن اختلفوا، فباع قوم منهم بثمن غال، والآخرون بثمن رخيص، وتشاكوا ذلك إلى الإمام، فإنه يعود الحكم إلى ما قدمناه من التفصيل: هل الذي

---

(1) هكذا.

ولكنه لم يباشره البائع، وإنما سأل من يزايد المشتري تغريراً. فنهى عن هذين لمصلحة الناس ونفي الضرر عنهم. وكذلك السوْم على سوم المسلم، فيه ضرر لمن يركن إليه البائع وأراد البيع منه. وكذلك بيع حاضر لباد، فيه مرفق بأهل الحواضر، يشترون ما يأتي به أهل البادية بثمن رخيص. وكذلك تلقي السلع، اختلف الناس في علته، فقال ابن الجهم من أصحابنا: كان النهي عن التلقي في أوّل الإسلام لئلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا وهو على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره ولا يحرم. وأشار إلى كون العلة نفي الضرر عن أهل البلد الذي قصد الجالب بلدهم ليبيع منهم.

وأشار أبو حامد الإسفرائيني إلى هذه العلة، وأضاف إليها علة أخرى، وهي نفي الضرر عن الجالب بأن لا يغبنه المتلقي. وأشار إلى هذا بعض المتأخرين من الأشياخ.

وقد يهجس في النفس في هذا التعليل الذي هو النهي عن غبن الجالب، أنه يناقض النهي عن بيع حاضر لباد لكون النهي عن بيع حاضر لباد يشير فيه إلى تسهيل الطريق إلى غبن البادي؛/ ألا تراه قال «دعوا الناس، يرزق الله بعضهم من بعض». والنهي عن تلقي الجالب يشير فيه إلى حسم الطريق المؤدية إلى غبنه، ألا تراه يقول، في بعض طرق الحديث، في البائع: إن أتى السوق فهو بالخيار؛ يشير إلى إثبات حق له في رفع الغبن عنه. والانفصال عن هذا: أن التلقي ربما يكون من واحد لراكب واحد، فهما متساويان في الحرمة والغرر، فلم يحصل للمتلقي من الترجيح على الجالب ما يوجب تسهيل الطريق إلى غبن الجالب. وأما بيع حاضر لباد، فإن المنفعة في هذا النهي لا تختص بواحد، بل تعمّ أهل البلد الذين أتاهم البدوي، لكونهم يشترون منه برخص إذا لم يبع لهم سمسار يستقصي لهم الأسعار. وأيضاً فإن التلقي يصلح أن يعلل بعلتين، إحداهما النهي عن غبن الجالب؛ والثاني النهي عن مضرة أهل السوق، بأن ينفرد المتلقي بالربح دونهم. والنهي عن بيع حاضر لباد لا يصلح فيه إلا علة واحدة، وهي رفع الضرر عن أهل البلد في أن يستقصي السمسار للبدوي

الفسخ ليس بمتفق عليه، فوجب ألا يثبت حكمه مع الفوات كما يثبت مع القيام.

وقد أشار ابن المواز إلى أن الفسخ إنما وجب عنده لكون النبي ﷺ قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو مردود»[1]. ولم يلتفت ابن المواز إلى كون النهي متعلقاً بحق المخلوقين خاصة، أو بحق الخالق. وقد كنا قدمنا نحن أن النهي إذا كان لحق المخلوقين/ لم يقتض الفسخ، كما دلّ عليه حديث المصراة، وأنه عليه السلام (نهى عن التصرية، وأشار إلى كون البيع لا يفسخ).

وإذا قلنا بالمذهب المشهور: أن بيع التلقي لا يفسخ، لكون الثمن والمثمون سالمين من الفساد، وإنما تعلق بالعقد نهي بمعنى آخر، فإن عن مالك روايتين: إحداهما أن السلعة لا تنزع من يد المتلقي/ وهي رواية ابن القاسم. والأخرى أنها تنزع من يده. وهي رواية ابن وهب.

فكأنه، في الرواية التي أبقاها في يده، رأى أن النهي لا يتسلط على رفع الملك، لكون الثمن والمثمون سالمين من الفساد. ورأى في الرواية الأخرى أنه، وإن لم يفسخ، فيلتفت إلى حق غير المتلقي في ما تلقاه، فيشاركون فيه المتلقي.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

الخروج إلى تلقي السلع الواردة على بلد يمنع منه أهل البلد، تلقوها عن مسافة قريبة أو عن مسافة بعيدة. لأن ما قدمناه من التعليل بنفي الضرر عن أهل البلد أو عن الجالب يتصور فيه هذا التلقي الذي تقرب فيه المسافة أو تبعد. هكذا ذكر ابن حبيب. وفي الموازية: من قدم بسلع على بلد، على أنه متى وجد في الطريق من يشتري منه باع، فإن هذا ينهى عن الشراء منه حتى يقدم المدينة التي قصد إليها، إلا أن يكون أراد أنه إذا مرّ بقرية مأمونة بها سوق، فإنه يبيع بها، فإنه لا يجوز لأهلها أن يشتروا منه. فكأنه اعتبر القصد الأول الذي هو المدينة التي أمّها أو سافر إليها، وما عرض له من الخاطر أنه يبيع في أثناء

---

(1) فتح القدير: 6/182 حديث: 8868.

الطريق لا يرفع كون المشتري منه بالطريق متلقياً للسلع.

وقد اختلف أيضاً في ما حول المدائن من جنات لها ثمار، هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتري منها ويبيع بالمدينة؟ فروى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك. وروى عنه أشهب أنه من التلقي. قال أشهب: وليس عندي من التلقي. وهذا لأن التلقي للجالب ربما كان إضراراً به من غير منفعة، وها هنا ربما أضر بصاحب الملك منع الناس من الخروج إلى بستانه ليشتروا منه، لأنه قد يشق عليه حمل ثماره إلى المدينة وبيعها جملة. فمن الرفق به أن يباح الشراء منه وهو في بستانه. فكأن هذا، وإن أضر بأهل المدينة، ففي منع بعض أهلها من الشراء منه إضرار به أيضاً، فتقابل الضرران، فيقع الترجيح بينهما أيهما الأوْلى أن يعتبر.

والنهي عن التلقي يتصور وإن لم تحضر السلعة المبيعة حين العقد، بأن يتصل برجل خبر أنه يقدم عليه غداً أو بعده سلع اشتُريت له ليبيعها ببلده، فإنه يمنع من كان معه بالبلد أن يشتريها منه على الصفة قبل قدومها عليه. لأنه يتصور في هذا من مضرة أهل البلد وانفراد هذا بالربح ما يتصور في التلقي[1] خارج المدينة. ولو وصلت السلعة ومالكها لم يصل فإن بعض المتأخرين قال: ينبغي أن ينهى عن الخروج إليه ليبيعها قبل أن يدخل المدينة؛ لما يتصور في هذا أيضاً من انفراد المتلقي بربح هذه السلع التي وصلت إلى المدينة وصاحبها لم يصل.

وإذا كان قُرًى، بقرب المدينة أو ببعدٍ منها، فإنهم يمنعون من شراء سلع من مر بهم قاصداً إلى المدينة، إذا قصدوا بما يشترونه منه التجارة. ويباح لهم أن يشتروا منه أقواتهم وما يحتاجون إليه من أضاحي وملابس وما في معنى ذلك.

وأما من حاول شراء ما دخل المدينة إذا مرّ بباب داره، فإنه إن كان لما

---

(1) في (و): المتلقي.

يحاول/ شراءه سوق معلوم، نهي عن الشراء. وإن لم يكن له سوق معلوم، جاز له ولغيرِهِ من سكان المدينة شراء ما مرّ بديارهم، أو لَقوْهُ في سكك المدينة وطرقها.

ولو وصلت سفن بطعام إلى الساحل، وكان ذلك منتهى سفرهم، فإنه يسوغ لأهل المدينة أن يخرجوا للشراء منهم، لأنهم إن منعوا من الخروج بارت السلع التي بالسفن، فلا يلزم[1] أهل السفن إحداث سفر آخر، فقد يشق عليهم. وهذا أيضاً في ما كنا قدمناه من الخروج إلى شراء ما حول المدينة من الثمار.

وذكر أبو حامد الإسفرائيني أن من خرج لضيعته فإنه إذا لقي سلعة، فهل يجوز له شراؤها لكونه لم يخرج قاصداً للتلقي والإضرار، أو[2] يمنع من ذلك لعموم النهي عن تلقي السلع.

وذكر أنه إذا وقع بيعُ التلقي فإن البائع إذا قدم فظهر أنه مغبون، كان له الخيار في فسخه بيعه وإن لم يكن مغبوناً فيه عندهم وجهان. وهذا الذي أثبتوه من الخيار صاروا إليه بما وقع في بعض طرق الحديث من إثبات الخيار للبائع إذا أتى السوق. فمن حمله على عمومه أثبت له، غُبِنَ أو لم يغبن.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه، في فصل ذكر فيه ما يُرجع لفساد العقد فيه إلى الحال التي وقع فيها العقد فقال: ومنه بيع الحاضر للبادي.

قال الشيخ رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على منع بيع حاضر لباد؟

2 ـ وما شروط المنع؟

3 ـ وهل يفسخ هذا البيع أم لا؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

---

(1) هكذا. ولعل الصواب: فيلزم.

(2) ساقطة في (هـ).

فأشار إلى تطلب التسمية، وهو كون القرية تشبه البادية ويسمى أهلها بوادي. فإذا حصلت التسمية حمل لفظ الحديث على العموم، غير ملتفت إلى كون هؤلاء يعلمون السعر أو لا يعلمونه.

فالمذهب الأول أخرج من التسمية بعض ما تشتمل عليه. والمذهب الثاني نظر في مطابقة التسمبية، ولم يزد عليها ولم ينقص منها. لكنه روى عنه في الموازية أنه لا يبيع مدني لمصري ولا مصري لمدني.

وقال في العتبية: أرجو أن يكون خفيفاً.

وهذا الاختلاف في أهل المدائن، إن حملناه على ظاهره وعموم لفظه، اقتضى منع بيع أهل المدائن بعضهم لبعض، كان الوارد على أهل المدينة عالماً بسعرها أوْ لا. ولكن هذا لا يصح لكونه إن كان عالماً بسعر المدينة التي ورد عليها لم يمكن غبنه ولا أن يسترخص منه. والمعنى المشار إليه في الحديث معدوم في هذا، والتسمية أيضاً معدومة، فلا يمكن حمل ذلك على أهل مدينة يعلمون سعر المدينة التي وردوا عليها، لا من ناحية لفظ الحديث لكون هذا الوارد لا يسمى بدوياً، ولا من جهة معناه وتأويله لكونه لا يمكن غبنه مع معرفته بالقيمة والأسعار. ولكن إذا كان يجهل السعر، فها هنا قد يحسن حمل اختلاف هاتين الرواتين عليه. لأن من طلب اللفظ فإنه مفقود ها هنا في المدني لكونه لا يسمى بدوياً، فلا يمنع الحاضر أن يبيع له، وإن طلبنا المعنى، وهو الاسترخاص، فها هنا قد يحسن الخلاف، لأن المدني إذا ورد على مدينة، وهو جاهل بأسعارها، أمكن غبنه، وانتفع أهل المدينة بوروده عليهم، مع كونه في الغالب يربح في ما أتى به، فلم يمنع استرخاصه.

وقد يقال: إن المدني إذا ورد من مكان مجمع الأئمة والعلماء والكثرة، فله من الحرمة ولأهل مدينته مثل المدينة التي وَفد عليها، فيجوز أن يبيع له من يمنع من غبنه.

فأنت ترى كيف هذا الاضطراب في المذهب! تارة طلب المعنى مع

حصول اللفظ، وإن نقص من اللفظ بعض ما اشتمل عليه، وتارة طلب المعنى وإن زاد على اللفظ ما يشتمل في اللغة عليه، كإحدى الروايتين في منع أن يبيع مدني لمدني، والمدني لا ينطلق عليه تسمية باد؛ وتارة طلب التسمية خاصة، كما نبهناك عليه. وهذا هو سرّ هذه الروايات عندي، ومحصولها من ناحية الفقه ومن ناحية الأصول.

وإذا تقرر منع بيع حاضر لباد فإن مالكا قال: ولا يشار على البادي فأجرى مشورة الحاضر على البادي مجرى بيعه له لأن المشورة عليه تقوم له مقام السمسرة له والنيابة عنه في البيع. وقد كره أيضاً أن يخبر الحضري البادي بالأسعار. وهذا المعنى الذي ذكرناه، وإخباره بالسعر كالمشورة، والمشورة كالبيع. قال ابن المواز: هذا في ما أتوا به للبيع.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قال أبو حامد الإسفرائيني: يمنع بيع الحاضر للبادي بأربعة شروط: أحدها: أن يريد البادي البيع. والثاني: أن يريد البيع قبل أن يخرج. والثالث: أن يكون الحاضر هو السائل له في أن يبيع له. والرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألاّ تباع تلك السلعة التي أتى بها البادي فيه. والشروط الثلاثة المتقدمة إذا فقدت لم يمنع البيع. وأما الشرط الرابع: أن يكون البلد يضرّ به ألاّ تباع تلك/ السلعة فيه، فإنه إن كان البلد بعكس ذلك، ففيه وجهان: المنع لعموم الحديث، والجواز لفقد الضرر، وهو المراد في الشرع والمعتبر، وهو الذي أشار إليه في الشرط الرابع. وهو نوع مما أشرنا إليه في تخصيص العموم بتعليل استنبط منه؛ أو المنع من ذلك لأنه كفرع يعود بإبطال أصله. فهو ها هنا مشاهد لنا في ما كشفناه لك من سر المذهب في تخصيص اللفظ بتعليل استنبط منه، أو إجرائه على عمومه.

وأما اشتراط كون السمسار هو السائل للبدوي في البيع، فإن هذا يبعد

على أصل مذهبنا، لا من جهة أخذ الحديث ولا من جهة طلب تعليله، فإن الاسترخاص يحصل إذا لم يتولّ الحضري البيع للبدوي، غير ملتفت في هذا إلى كون بيع الحضري وقع لسؤال البدوي له، أو لسؤاله هو للبدوي.

وأيضاً فإنه إذا اشتهر عند البدو جواز البيع إذا سألهم أهل البدو، ومنعه إذا كانوا هم السائلين لأهل البدو. وعاد كل من قدم من أهل البدو يسألون السماسرة فتفسد هذه المصلحة التي اعتبرها الشرع.

فنحو هذا عندي يرد على الأبهري في مسألة أخرى. وذلك أن المعروف من مذهب مالك وأصحابه أن الحضري يمنع أن يبيع للبدوي ما أتاه به بنفسه، أو ما أرسله إليه مع رسوله. وحكى القزويني عن الأبهري أنه يقصر النهي على ما أتى به البدوي بنفسه. وأما ما بعثه مع رسوله فإنه يجوز للحضريّ أن يبيعه.

وهذا لا وجه له لكون الحديث وتعليله يقتضي المساواة بينْ ما أتى به البدوي بنفسه، وما أرسله إلى الحضري. مع كون هذا إذا اشتهر عاد أهل البدو يرسلون ما يبيعونه، حذراً من أن يغبنوا، فتفسد المصلحة. وهذا كما قيل في الانتصار عندنا لأحد[1] الصناع: إنهم إذا اشترطوا ألاّ ضمان عليهم في ما يصنعونه، فإن الشرط لا ينفعهم، لأنهم لو نفعهم لاشترطه كل صانع فتفسد المصلحة التي لأجلها ضمن الصانع.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا تقرر هذا، ووقع البيع، فهل يفسخ أم لا؟ الظاهر من المذهب عن مالك وغيره من أصحابه أنه يفسخ. لأنه عندهم بيع محرم. والنهي عن الشيء على جهة التحريم له يقتضي فساده. وقال ابن عبد الحكم: إنه لا يفسخ.

وقد تقدم، في ما سلف لنا مراراً، التنبيه على هذا الأصل. وذكرنا خلاف أهل الأصول فيه، والتفات بعضهم إلى كون النهي يرجع إلى حق الخالق، فيدل على فساد المنهي عنه، أو يرجع إلى حق المخلوق، فلا يدل على فساد العقد،

---

(1) هكذا. لعله لضمان.

2 ـ وهل النهي عامّ للمسلم والذمي أم لا؟

3 ـ وهل يفسخ هذا البيع إن وقع؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: ·

ذكر مالك في الموطأ وغيره من أصحاب الصحاح أنه ﷺ قال: لا يبع بعضكم على بيع بعض[1]. وروي ذلك عن ابن عمر وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ، على حسب ما تقدم إيراده في الحديث عن أبي هريرة مَذْكُورٌ هذا النهي مع النهي عن أنواع غيره. وعن ابن عمر مذكور النهي عن هذا خاصة. وهذا راجع إلى ما تقدم من النظر في مصلحة الخلق ونفي الضرر عنهم. وفسره مالك بأن المراد به النهي عن أن يسوم أحد على سوم أحد تقدمه إذا كان البائع ركن إلى السائم الأول ومال إلى البيع منه. وأشار إلى الاستدلال على هذا الركون والميل بأن يأخذوا في ذكر وزن الذهب، وتبري البائع من العيوب، إلى غير ذلك مما في معناه من الدلالة على الركون من البائع إلى المشتري. فإذا حصل التراكن صار السائم آخِراً مفسداً على الأول، ومضرًّا به.

ومبنى هذه الأصول، التي قدمناها، على المصلحة ونفي الضرر. وقد كنا أشرنا إلى أن التلقي للركبان، وإن كان التلقي إنما يحصل بين رجلين الجالب ومن يلقاه ليشتري منه، فإنه ينضاف إلى هذا الإضرارُ بأهل السوق، فتأكَّدَ المَنعُ. وها هنا يقع الإضرار بالسائم أوَّلاً خاصة. والإضرار يُمنع منه، وينهى رجل أن يضر رجلاً وقد تعلق للسائم أوَّلاً حق بهذا المبيع حتى لم يبْقَ بينه وبين صحة ملكه إلا العقد، فينبغي أن يُمنع السائم الثاني من إبطال ما صار لهذا من حق، لكونه الغالبُ في حالِهِ حصولُ الملك له، كما منع المريض من هبة سائر ماله لِمَا تعلق للوارث به من حق، لكون الغالب أنه يصير إليه عن قرب إذا وقع الموت من المرض الذي وقعت الوصية فيه.

وخص مالك هذا النهي بحصول التراكن، وإن كان الحديث عاماً لم

(1) تقدم تخريجه.

يشترط فيه التراكن لأجل أن النبي ﷺ نهى أن يخطب أحد على خِطبة أخيه. فورد أيضاً هذا الحديث عاماً، ولكنه خص بالحديث الآخر، لما أُخبر ﷺ بخِطبة أبي جهم ومعاوية. فقال: أما معاوية فصعلوك لاَ مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، أنكحي أسامة. فلم يذكر نكيراً على الثاني من الخاطبين المذكورين، فأشار بثالث، مع إعلامه بأنه قد تقدم قبله خاطبان. فاقتضى هذا بناءَ الحديثين أحدهما على الآخر، فيحملْ حديث هذين الخاطبين/ على أنها لم تركن إلى واحد منهما، ويخص به عموم قوله: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه. الحديث. . . فكذلك[1] في سوم الإنسان على سوم تقدمه، يحمل النهي على حصول التراكن. وأيضاً فإن مالكاً استدل في الموطأ على هذا التخصيص بأن ذكر أنه لو مَنَع مجرد السوم من غير تراكن من سوم رجلٌ آخر، لأخذت أموال الناس بشبه الباطل من الثمن، ولم يشأ أحد أن يمنع آخر من بيع سلعته إلا ساومه فيها. وهذا عكس ما ورد به الشرع من النظر في مصلحة الناس وصيانة أموالهم عليهم. وقد حمل مالك وغيره من العلماء الحديث أيضاً على أن المراد به أن لا يسوم أحد على سوم مشتر، مع كون الحديث ورد بلفظ البيع. لكنهم ذهبوا إلى أن البيع في اللغة يطلق على الشراء وقد قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾[2] وقال عز وجل: ﴿وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ﴾[3] والمراد من هاتين الآيتين ما باعوا به. فأشعر هذا بكون اللفظتين تنوب إحداهما عن الأخرى. لكن حمل بعت على اشتريت ذكر عن أهل اللغة. وأنشدوا في هذا:

ويأتيك بالأنباء من لم تبع له ... بتاتاً ولم تضرب له وقت موعد[4]

وأنشدوا أيضاً:

---

(1) بياض في (و) مقدار كلمة. وهي في المدنية: يطعن. ولعل الصواب: النهي.
(2) سورة يوسف، الآية: 20.
(3) سورة البقرة، الآية: 102.
(4) من أواخر معلقة طرفة بن العبد. أنظر: أبو عبيد: الغريب: 624.

وبعت لذبيان العلاء بمَالَكا[1]

والمراد في هذين البيتين اشتريت. ولو سلمنا أن اللغة وردت بأن بعت يطلق على اشتريت فإن هذا لا يقتضي حمل قوله: لا يبع بعضكم على بيع بعض. على ألا يشتري بعضكم على شراء بعض، لأنه قصر على أحد المحتملين بغير دليل. ولهذا أشار أبو عبيد لما حكى عن أبي[2] عبيدة وأبي زيد أنهما ذكرا: أن بعت يكون بمعنى اشتريت، أن الجواب عنه يكون بتخصيصه بالعادة، لأن المعروف أنه لا يقع سوم بائع على سوم بائع آخر[3]. .

وقد أشار ابن حبيب إلى أن الحديث إنما الخطاب فيه للمشتري لا للبائع. وأشار بعض المتأخرين إلى أنه إنما أراد ما أراده أبو عبيد من حمل الحديث على السوم في الشراء لا على سوم بائع على بائع لكون الاسترخاص مستحبًّا في الشرع. وقد ذكر ابن حبيب أنه وردت به آثار ورغايب.

وإذا سام بائع سلعة وأتى بائع آخر فعرض مثلها على المشتري بأرخص منها صار هذا كالمستحب لاستحباب الرخْص، وهو متأول هذا على أن الحديث يحمل على ظاهره من كونه نهياً أن يسوم بائع على بائع، إذا لم يرد السائم الثاني الاسترخاص. فكأن أبا عبيدة حمله على أحد محمليه بمقتضى العوائد، وحمله ابن حبيب على أحد محمليه أيضاً لكون الشرع استحب الاسترخاص. وهذا إنما يتصور في حق بائع على بائع لا في حق مشترٍ على مشتر. والغالب في سوم بائع على بائع كون الثاني يعرض سلعته بأرخص مما عرضها به الأول. وأبقاه بعض المتأخرين على أظهر محمليه: وهو أن لا يسوم بائع على سوم بائع، ولكنه

---

(1) عجز بيت، صدره: وباع بنيه بعضهم بخسارة. رواه أبو عبيد ونسبه للحطيئة. المرجع السابق.

(2) انظر غريب الحديث لأبي عبيد. ج3/2، 4. قارن: الغريب له: 624. حيث ذكر الاصمعي عوض أبي عُبيدة.

(3) انظر غريب الحديث له: الاحالة السابقة. قارن الغريب له، حيث لم يذكر هذا الجواب - الغريب: الاحالة السابقة.

شرط أن لا يكون أراد الثاني الاسترخاص. هذا إذا حملنا كلام ابن حبيب على ما أراده أبو عبيد، ولم يحمله على أنه أراد أن الخطاب في هذا للمشتري لا للبائع في أن البائع لا يتعلق به حرج إذا باع من السائم الثاني، وإنما يتعلق الحرج بالسائم الأول.

وذكر أبو حامد الإسفرائيني: أن الحديث يحمل على البائع والمشتري، ولكنه أبقى اللفظ على ظاهره في العرف، فقال: معنى النهي أن يعقد البيع على خيار المجلس كما اقتضاه الحديث الوارد بثبوت خيار/ المجلس، فيأتي رجل آخر فيقول للمشتري: أنا أبيعك بأرخص. وكذلك لو أتى مشتر آخر فزاد على المشتري الأول. قال: وأما السوم فإنه إنْ لم يقع تراكن فلا حرج فيه، وإن وقع التراكن ووكل البائع على العقد فالسوم يحرم على الثاني. وإن وقع التراكن ولم يوكل البائع على العقد ففيه قولان.

وهذا النّهيْ أشار ابن حبيب إِلَى قصْره على بيع المساومة لا على بيع المزايدة. ألا ترى أن السلطان يبيع على الميت والمفلس، فيستوجب البيع من اشترى منه ويتأنى السلطان ثلاثة أيام رجاء أن يأتي من يزيده في الثمن. وإن لم يقف عن هذا لكون من يأتيه ساوم على سوم أخيه المسلم، لكون هذا البيع إنما وقع على طلب الزائد، وعليه بني أول مرة. وإذا باع عقار المفلس وأشهره فنادى عليه الشهرين والثلاث، بأن يذكر صفته ونعته ويسميه، ثم يعقد ذلك فإنه يتأنى ثلاثة أيام أيضاً طلباً للزيادة. ووصف بيع المساومة بأنه يقف الإنسان سلعته بمكان أو بحانوته منتظراً من يأتيه يساومه فيها. فهذا يمنع السائم الثاني أن يدخل على السائم الأول إذا ركن البائع إليه، وإذا فارقه الأول قبل أن يستوجب أو رد سومه عليه فإنه إذا عاد إليه لم يلزمه البائع السوم الأول. وبيع المزايدة بأن يطوف بسلعته على من يزيده فيها، وأن هذا يسوغ فيه دخول زيادة على زيادة. فإذا فارق البائع من أعطاه أوّلاً ثمناً معلوماً ولم يوجب له البيعَ، ثم عاد إليه فإنه يلزم البيع الذي فارقه قبل أن يعقدهُ على نفسه. وهذا الذي أشار إليه من افتراق حكم المساومة والمزايدة، في كون المشتري يلزمه بعد الافتراق ما أعطى من ثمن، ولا يلزمه في بيع المساومة، لا وجه له إلا الرجوع في ذلك إلى

مقتضى العوائد، لأن الذي يعطي ثمناً إن شرط أنه إنما يلتزم الشراء به في الحال قبل أن يفارقه البائع، فإنه لا يختلف في أن البيع لا يلزمه، لا في بيع المساومة ولا في بيع المزايدة. وإن شرط أن البائع يُلزمه، ويكون الخيار للبائع بأن يعرضها على غيره أمراً معلوماً أو في حكم المعلوم، فإنه لا يختلف أيضاً في أن البيع يلزم المشتري إذا عاد إليه البائع.

فإذا تقرر أن لا يختلف في القسمين مع التصريح بهما، فإنهما إذا افترقا مع إطلاق اللفظ من غير تقييد شرط الاختلاف المفهوم عن المتساومين في حكم العوائد، هل افترقا على التزام المشتري أو غير التزامه؟.

وإلى هذا أشار ابن حبيب، لأنه ذكرْ أن هذا إنما لزم في بيع المزايدة بعد الافتراق لأجل أن المشتري إنما فارقه البائع على كونه استوجب المبيع.

وإنما نبهت على هذا لأنه ألزم بعض القضاة أهل السوق في أسواق البلد في بيع المزايدة الثمن الذي يُعطَونه بعد مفارقة البائع لهم ثم يعود إليهم. فكانت عادتهم أنهم إذا افترقوا من البائع افترقوا على غير إيجاب منه ولا منهم، اغتراراً بظاهر ما حكاه ابن حبيب وحكاه غيره. فنهيته عن هذا وردته عن إلزامهم البيع لأجل مقتضى عوائدهم. ونبهته على ما أشار إليه ابن حبيب من التعليل الذي بسطناه ها هنا. وقد تكلمنا على حكم بيع المزايدة في كتاب المرابحة، وقسمنا البيع على ثلاثة أقسام بما يغني عن إعادتها هنا.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا تقرر منع السوم مع ركون البائع/ إلى السائم الأول، فإنه لا يفترق حكم السائم الأول في أن يكون مسلماً أو ذمياً. إلى هذا ذهب بعض فقهاء الأمصار. وذهب الأوزاعي إلى أنه يجوز ذلك إذا كان السائم الأول ذمياً. وقصر النهي على كون السائم الأول مسلماً اغتراراً منه بقوله في الحديث «لا يسم أحدكم على سوم أخيه» فالمراد أُخوة الدين. واليهودي والنصراني ليسا بأخوين للمسلم في الدين. ولم ير الفقهاء أن المراد بذكر الأخ ها هنا اشتراط الدين، وإنما هو تنبيه على تأكد قبح الضرر بين أخوين، كما يقبح ذلك بين أخوين في

رد)[1]. وكون النهي خارجاً عن معنى في البيع لا يمنع من فسخ العقد كالنكاح في العدة والإحرام. إلى هذا أشار القزويني وابن الجهم. فإذا قلنا بأنه لا يفسخ، فلأنّ المشتري بالخيار، إذا كان الناجش سأله البائع في أن يزيد ليغتر به هذا المشتري، بين أن يتمسك بالثمن الذي بذل أو يفسخه ويرد السلعة على بائعها إن كانت قائمة، أو قيمتها، إن فاتت، بدل عيْنها.

وذكر ابن حبيب أن للمشتري هذا الخيار إذا كان الذي زاد، ليَغُرّه، من ناحية البائع كعبده وولده، وإن لم يكن البائع أمر بذلك. وكأنه رأى أن/ من كان من ناحية البائع لا يصدق البائع في أنه لم يأمره.

وأما إن كان أجنبياً ليس من ناحية البائع، فالبيع لازم للمشتري، وقد باء بالإثم هذا الذي زاد ليغر غيره، والبائع لا إثم عليه لكونه لم يأمر بهذا، والمشتري قد رضي به بالثمن؛ ولو شاء لتثبت واستشار من يعرف القيمة ووجه الصلاح في الشراء. ولو كان التغرير بالزيادة من جهة البائع لكان للمشتري مقال في رد البيع، مثل أن يقول البائع للمشتري: اشتريت هذه السلعة بمائة، فاغتر المشتري بقوله، ثم ثبت بالبينة أو الإقرار أن البائع إنما اشتراها بتسعين، فإن المشتري لا يلزمه ما بذله لكون البائع غره في هذا. وتغريره يوجب كون المشتري مستحقاً لرد سلعته عليه إذا شاء. ولا يقتصر في هذا على قول البائع الأول: أنما بعتها منه بتسعين، لأن المشتري صدقه فيما قال، ولو شاء لتثبت حتى يعلم صدقه أو كذبه. وقد روي في الحديث «غُبن المسترشد ظلم»[2]. وذلك بأن يشتري المشتري أمة بقول البائع: إن قيمتها كذا أو بعتها بكذا، فإن هذا لا يحل فيه الغبن ولا يختلف فيه. وإنما اختلف في الغبن الفاحش إذا لم يقع فيه من المشتري استرشاد واستسلام للبائع. وذكر ابن حبيب أنه لا خيار للمغبون، ولو كان الغبن كثيراً، إذا لم يسترشد ويستسلم المشتري للبائع. وقد تقدم كلامنا على هذا الفصل في موضعه.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان حد: 1120.

(2) فيض القدير: 3/575، 5757.

ومما يلحق بهذا النوع: البائع يقول للمشتري: إني اشتريت السلعة بمائة، وصدق فيها، لكنه اشتراها من مدة طويلة يتغير في مثلها السوق، فإن هذا أيضاً مما لا يجوز للبائع لكونه قد غرّ المشتري بهذا القول. وإنما يجوز له هذا إذا صدق فيما قال، وكان الشراء مُنْذ زمن قريب.

ومما يلحق بهذا أيضاً ما سئل عنه مالك في ثلاثة أشراك في سلعة أرادوا التفاصل فيها، فقال واحد منهم للآخر: اخرج منها إذا وقعت المقاولة ليقتدي بك الثالث فيخرج منها، وتخلص لي، فتكون بيني وبينك نصفين. فنهى مالك عن هذا، ورأى أن هذا تغرير وتدليس على الثالث الذي تواطآ عليه، فصار في معنى النجش.

ورأى أصبغ وابن حبيب أن هذا لا حرج فيه، بخلاف النجش، لأن قصارى ما في هذا سكوت أحد المتواطئيْن عن الزيادة وامتناعه منها ليبيع الثالث الذي لم يواطِئْهما برخص[1]. ومن سكت عن المزايدة ليسترخص المبيع فليس بناجش.

ومما يلحق بهذا أن المريد لشراء سلعة لا يسوغ له أن يسأل الجماعة الذين يشترونها ألاّ يُزَايِدوهُ فيها، وأن هذا إضرار ببائعها، والضرر لا يحل. لكن لو سأل رجلاً واحداً لساغ ذلك له، لكون الضرر بالواحد لا يحصل. وإنما يجوز سؤاله لواحد على أن يترك ذلك تفضلاً. وأما لو قال له: لا تزد عليّ ولك نصفها، فإن هذه دلسة لا تجوز، كما حكينا عن مالك في مسألة الإشْراك لثلاثة في السلعة، وأن أحدهم إنما ترك الزيادة ليشارك في السلعة، فصار ذلك كالدلسة على الشريك.

ومما يلحق بهذا مدح السلعة وذمها، فإن ذلك ربما أوقع في الدلسة، ويؤثم فاعله، ولكنه لا يوجب للمشتري مقالاً في فسخ البيع، لأن هذا ليس بنفس الدلسة، وإنما يخاف أن يقع فيها. وكذلك اليمين في عقد البيع فإنه منهي عنه. وروي أنه يمحق البركة. وذكر ابن حبيب استحباب الترخيص في البيع/

(1) ساقطة في ـ و ـ.

والشراء والمسامحة وحسن الاقتضاء للثمن؛ فإنه وردت بذلك الآثار. وذكر أيضاً ورود الأثر بأن السوم إنما يكون من البائع. وقد ذكرنا نحن في كتاب المعلم ما قاله بعض أهل العلم في قوله عليه السلام لبني النجار لما أراد النبي ﷺ أن يبني مسجدهم: ثامنوني في حائطكم[1]. واستدلاله بهذا على من يكون السوم منه[2].

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: وبيع الثمار على رؤوس النخل جائز. وإن استُثْنِيَ بعضها فعلى وجهين: إن كان جزافاً جاز على الإطلاق في القليل والكثير، وإن كان كيلاً جاز في الثلث فدونه. واستثناء الجلد والسّوَاقِطِ في الشاة المبيعة جائز بحيث تقل قيمتها ويخف خطرها، ولا يجوز إذا كان لقيمتها بال.

قال الشيخ الإمام رضي الله عنه: يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام الاستثناء؟

2 ـ وما الذي يجوز منه أو يمنع في إستثناء بعض المنافع؟

3 ـ وما الذي يجوز منه أو يمنع في استثناء بعض الرقبة؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

أما الاستثناء، فقد ذكرنا ما قيل فيه من الحدود فيما أمليناه في كتاب الأصول. والغرض ها هنا بيان ما يقع من الاستثناءات في المبيعات. وهو يقع على وجهين:

أحدهما استثناء بعض منافع المبيع. والآخر استثناء أجزاء ذات المبيع. والاستثناء لبعض المنافع قد يكون قليلاً وكثيراً. والاستثناء لبعض أجزاء المبيعات يكون جزءاً شائعاً في الجملة كالقول: أبيعك هذه الشاة إلا ثلثها أو نصفها، وهذه الصبرة إلا ثلثها أو ربعها، أو غير ذلك من أجزائها.

---

(1) فتح الباري: 2/72.

(2) المعلم: 1/270. فقرة: 226.

ويقع الاستثناء على معيّن من أجزائها مغيّب كقوله: أبيعك هذه الأمة إلا جنينها. ويقع على جزء معين، كقولك: أبيعك هذه الشاة إلا فخذها وإلا جلدها، أو إلا رأسها وسواقطها.

ويقع على جزء غير معين، ولكنه مقدر بكيل أو وزن، كقوله: أبيعك هذه الشاة إلا أربعة أرطال من لحمها، أو أبيعك هذه الصبرة إلا أربعة أقفزة منها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما استثناء بعض المنافع، فإن كان لكون ما استثني قد خرج عن ملك بائع الرقبة، كمن أكرى داره أو عبده مدة معلومة، ثم باع الرقبة، فإن هذا الاستثناء لهذه المنافع المبيعة إنما يجوز، عند مالك، إذا كان أمد انقضاء أمد الإجارة يقرب، على حسب ما تقدم بيانه فيما سلف من كتابنا هذا في بيع الغائب وغيره. وذلك أن تكون الإجارة في العبد تنقضي بعد اليومين والثلاثة، لأجل ما قدمناه من أنه لا يجوز بيع معين يقبض إلى أجل بعيد، وإنما يجوز إذا شرط قبضه بعد اليومين والثلاثة أو بعد سنة أو أكثر منها، على حسب ما تقدم بياننا لما ذكر العلماء في تقدير ما يجوز استثناؤه من منافع الديار إذا بيعت، وغيرها. ومنع أبو حنيفة بيع ما تقدمت فيه إجارة على الإطلاق. وللشافعي فيه قولان. فمن منعه رأى أن المبيع غير مقدور على تسلميه لمشتريه لتعلق حق من استأجره بعينه ليستوفي منها المنافع التي أكراها، فأشبه بيع ما في يد الغاصب الذي لا يقدر على تسليم ما في يده لمشتريه، ومقتضى البيع في الشرع التسليم. وإذا شرط ألا تسليم للمبيع فسد البيع.

وانفصَلَ أصحابنا عن هذا بأن المبيع في الإجارة المنافعُ، وقد كان لمالكِ الرقبةِ أن يبيعها ويُبقي الرقبة/ لنفسه. وكذلك له أن يبيع الرقبة ويبقي المنفعة لنفسه، أو لمن كان أكراها منه. والمشتري إنما اشترى من المستأجر رقبته، ورقبته على ملك البائع لا يمنع من التصرف فيها بحسب ما يسوغه الشرع له. ولا يقاس هذا على ما في يد الغاصب لأجل أن الغاصب يمنع من الرقبة والمنفعة جميعاً، والمكتري للعبد أو الدار لا يمنع من الرقبة وتصرف المالك فيها بحسب ما أذن له الشرع فيه.

وأما إن كانت المنافع التي استثنى البائع لم يتقدم فيها عقد إجارة، ولكنه باع دابة واستثنى ركوبها، فإن ذلك يجوز عندنا إذا استثنى أمداً قريباً، ويمنع إذا استثنى أمداً بعيداً. ومن الناس من ذهب إلى جواز هذا الاستثناء على الإطلاق. ومنعه أبو حنيفة والشافعي على الإطلاق.

وسبب هذا الاختلاف تعارض ظواهر الأخبار فقد خرج في الصحيح أنه عليه السلام نهى عن المخابرة والثُّنيا[1] وغير ذلك مما ذكر في هذا الحديث. ونهى أيضاً عن بيع وشرط[2]. وروي في الصحيح: أنه ﷺ اشترى من جابر بن عبد الله جمله، واشترط جابر ظهر الجمل إلى المدينة. فلما وصل أعطاه النبي ﷺ الثمن والجمل[3]. فمن يجيز الاستثناء لبعض المنافع يتعلق بظاهر حديث جابر. ومن يمنع من ذلك يتعلق بنهيه عن الثنْيا وعن بيع وشرط.

وأما مالك فإنه يجيز اشتراط ركوب الدابة إلى أمد قريب، ويمنع ذلك إلى الأمد البعيد، لكون الدابة والعبد يتغيّرَان فيه، فيصير المشتري اشترى ما لم يعلم حقيقته حين يقبضه ويصير إليه، فيكون العقد وقع على غرر فيمنع. وإذا كان الأمر قريباً فلا غرر فيه، فيجوز حمل حديث النهي عن بيع الثنيا على ثنيا لا تجوز لكونها تتضمن الجهالة بالمبيع. ويحمل حديث جابر على ما لا يتضمن غرراً من الثنيا، فيبنى أحد الحديثين على الآخر، ولا يترك أحدهما للآخر. وقد أشار الطحاوي إلى نصرة من ذهب إلى المنع، بأن المنافع المستثناة لا تخلو من أن يقال: إنها صارت إلى البائع من قِبَل المشتري، وكأن البائعَ باعها مع الرقبة، ثم اشتراها من مشتري الرقبة. أو يقال: إنها باقية على حكم البائع. قال: ولا يصح أن يقال: إنها صارت إلى البائع من جهة المشتري، لأن المشتري لم يملكها قبل العقد، فيكون اشترى الرقبة بها وبما بذل من الثمن. فإذا لم يقدَّر أنه

(1) مختصر أبي داود: 5/ 65. حد. 3262.

(2) البغوي شرح السنة: 8/ 147. الزيلعي: نصب الراية: 4/ 17.

(3) البخاري: الصحيح: كتاب البيوع: باب 34 شراء الدواب والحمير. الفتح: 4/320. حد. 2097.

ملكها قبل العقد لم يصح بيعه لها. فمتى قدّر أنه باعها صار كمشتري الرقبة بدنانير وسلعة أخرى لا يملكها، وهذا العقد لا يجوز. قال: ولا يقدر أيضاً أنها باقية على ملك البائع لأن البائع لا يملك ما حدث في المبيع بعد العقد من منافع وهي وقت عقد البيع لم تُخلق فيقدر أن البائع ملكها وأبقاها على ملكه، وإنما هي حين العقد غير مملوكة للبائع لكونها حدثت في ملك المشتري ولا هي مملوكة للمشتري حين العقد لكونه لم يملك الرقبة التي حدثت فيها هذه المنافع. فإذا استحال تصور العقد عليها على الطريقتين جميعاً: أنها مبقاة على ملك البائع أو على أن المشتري اشتراها ثم باعها من البائع، لم يصح العقد، وإنما يصح الاستثناء فيما لولاه لدخل في البيع وهذه المنافع لا يصح أن تدخل في البيع لكون البائع لم يملكها قبل أن تخلق. فلما استحال/ حقيقة الاستثناء استحال حقيقة هذا العقد[1]. فإذا تقرر حكم استثناء بعض المنافع، وهي أحد أقسام ما يستثنى فنتكلم على استثناء بعض أجزاء ذات المبيع.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

استثناء بعض أجزاء ذات المبيع فإنه يكون استثناء بعض أجزائه على الشيوع، أو استثناءً لجزءٍ منه معين.

فأما الاستثناء لجزء شائع من المبيع، مثل أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه الشاة إلا ثلثها أو أكثر من الثلث أو أقل من الأجزاء التي ذكرناها، فإنه جائز. ولا خلاف في جواز الاستثناء لجزء شائع في الجملة. وقد قال عيسى بن دينار: إن هذا الاستثناء يجوز ولو بيعت هذه الشاة على الاستحياء.

وهذا الذي نبه عليه عيسى من حمل الرواية على جواز استثناء جزء من الشاة شائع على الإطلاق، وسوّى بين بيعها للاستبقاء أو للذبح، يفتقر إلى إسناده إلى مسألة أخرى. وذلك أنه قد علم أن ابن القاسم يمنع شراء أرطال لحم يسيرة من شاة، لكون ذلك شراء لحم مغيّب لا يحاط به. وأشهب يكرهه

(1) الطحاوي: شرح معاني الآثار: باب البيع يشترط فيه شرط ليس منه. 4/41–48.

ابتداء، ويراه إذا وقع ماضياً، بشرط أن يكون المشتري قد جس الشاة حتى علم مقدار سمنها أو هزالها، فينظر في ذلك الذي قال عيسى: إنه إذا بيعت الشاة على الذبح أنه يجوز استثناء جزء منها شائعاً، هل يكون الحكم ذبحها إذا دعا لذلك البائع أو المشتري، أو يكون الحكم التبقية؟ والذي نص عليه بعض الأشياخ أن الذبح لا يكون إلا بتراضيهما جميعاً، ومن دعا منهما إلى إبقائها حية لتباع عليهما إذا كرها الشركة فإنه يقضى له بذلك. وتوقف بعض الأشياخ في هذا، وترجح[1] فيه. فإذا قلنا: إن الحكم أن لا تذبح إلا بالتراضي، صح ما قاله عيسى بن دينار، ولم يقدح فيه بأن يكون شراء لحم مغيب. وإن قلنا: بما ترجح[1] فيه بعض الأشياخ أن الذبح يقضى به لمن دعا إليه، كان فيما قاله تعقب، لأنه يقتضي كون المشتري اشترى ثلاثة أرباع لحم شاة، وهي حية، والبائع اشترى لحم ربعها الذي استثناه، إذا قلنا إن المستثنى مشترى. واشتراء اللحم المغيّب منهي عنه كما قدمناه. وإن كان هذا أخفض رتبة من شراء اللحم المغيب، لأن شراء اللحم المغيب لم يقع العقد إلا عليه، وها هنا وقع العقد على شاة حية. وإن كان الحكم عند اختلاف الشريكين فيها أن تذبح، فإنه يجوز أن لا يدعو أحدهما إلى الذبح، ويتراضيا ببقائها حية، ولا يكون ذلك شراء اللحم المغيب ضربة لازب. فيقال على هذا: لا تعقب فيما قاله عيسى على الطريقتين جميعاً، سواء قيل: إن الحكمَ الذبحُ إذا دعا أحدهما إليه، أو الحكم استبقاؤها حية. وهو الذي حكيناه من تنازع الأشياخ في هذا وقع في رواية المتقدمين من أئمتنا ما يشير إلى اختلاف في هذا الأصل. فقد نصوا على أنه من اشترى بدن شاة حية، واشترى آخر رأسها، فإنهما إن اختلفا في ذبحها أو استبقائها، كان القول قول من دعا إلى استبقائها. ويكونان شريكين فيها، هذا بقيمة الرأس، وهذا بقيمة ما سواه من البدن. ولا شك أن هذين المشتركين إنما اشتركا على الذبح، لأن اشتراء أحدهما الرأس يتضمن الذبح إذ لا ينفصل الرأس عنها وهي حية. لكن تُتعَقب الرواية من طريق أخرى، وهي أن هذين المشتريين/ دخل كل واحد

---

(1) هكذا. ولعل الصواب: وتردد.

منهما على أنه لا يعلم مبلغ الجزء الذي يكون شريكاً به في هذه الشاة إلا بعد فض وتقويم. وقد منع في أحد القولين جمع سلعتين في البيع لرجلين، لكون كل واحد منهما لا يعلم مقدار ما يستحقه من الثمن الذي باعا به السلعتين. لكن قد يقال في هذا أيضاً. فإن استبقياها حية، والشركة فيها بالقيمة، فقد يتراضيان على خلافه، وإن لم يكن هو الحكم، ويذبحانها، فصارت الشركة على القيمة ليست بضربة لازب. فالجهالة ها هنا ليست بمتعين حصولها.

وقد ذكر مطرف عن مالك فيمن اشترى جزوراً وهو مريض، فاستثنى البائع رأسه، فأبقاه المشتري حتى صح، فإن المشتري لا يجبر على نحره، ويكون عليه عوضه، كما يكون عليه عوض الجلد إذا استثناه البائع. قال: وإن باعه وهو صحيح، فأبقاه المشتري رجاء زيادة السوق فزادت، فإن البائع يكون شريكاً فيه بقيمة الرأس. فأشار بعض المتأخرين إلى إثبات الشركة ها هنا بقيمة الرأس. وهذه الإشارة قد تقتضي أيضاً، فيمن باع شاة واستثنى جلدها فامتنع المشتري من الذبح، أن البائع يكون شريكاً بقيمة الجلد.

لكن يقال ها هنا لم يطلق مالك الجواب بالشركة في القسمين، ولكنه أثبت الشركة بقيمة الرأس، إذا أخر المشتري الذبح وكان الشراء، والمبيع صحيح، وإذا كان المبيع مريضاً لم تثبت الشركة. بل أوجب عوض الرأس، وهو ما يعد كالمتنافي. لكن قد يقال: إذا كانت الشاة حين العقد مريضة لا كبير ثمن لها، كما قال في هذه الرواية، ثم صحت فإن ثمنها يرتفع ارتفاعاً كثيراً لأجل صحتها، حتى يصير الرأس المبيع، وهو مريض، كأنه فاتت عينه وضمنه مشتريه. وبهذا علل في هذه الرواية، لأنه قال: إن مشتريها لما أخر الذبح حتى صحت صار ضامناً لما استثناه البائع. وإذا كانت حين عقد البيع صحيحة ولم يتغير من حالها إلا زيادة السوق وانتقاله، فإن العين المبيعة والمستثناة باقيتان على حالهما لم يتغيرا، فكان من حق كل واحد منهما أن يتمسك بعين ما اشتراه فوجبت الشركة. هذا عندي أقصى ما يقال في هذه الرواية.

وقد قال ابن الماجشون، في ثلاثة اشتروا شاة ثم اختلفوا فقال أحدهم:

نذبحها. وقال الآخر: نبيعها. وقال الآخر: نتقاواها[1]، فإنهم إن كانوا اشتروها ليأكلوها فإن القول قول من دعا إلى الذبح. وإن كانوا تجاراً أو جزارين فالقول قول من دعا إلى بيعها عليهم ولا تلزم المقاواة لها إلاّ بالتراضي. فأنت ترى كون ابن الماجشون قضى ها هنا بالذبح إذا وقع الشراء عليه، ولم يقض به مالك فيمن اشترى الرأس، على ما حكاه مطرف عنه. فهذا يشير إلى كون المذهب على قولين في هذا، على حسب ما حكيناه من اضطراب الشيوخ فيما ذكره عيسى. فهذا الذي ظهر لي في الروايات مما تستند إليه أقوال الأشياخ.

فإذا تقرر حكم الاستثناء بجزء شائع، فإن الاستثناء بجزء معين لا يخلو من قسمين: أحدهما: أن يكون مغيّباً كالجنين. والثاني: أن يكون مشاهداً على الجملة غير مقدّر كالفخذ، أو مقدر كأرطال تستثنى من لحم الشاة.

فأما إن كان المستثنى جزءاً متميزاً من الجملة، وهو مغيب كالجنين، فإن ذلك لا يجوز عند مالك وغيره من فقهاء الأمصار. وأجازه ابن حنبل. وذهب الليث/ أيضاً إلى جوازه على ما سنذكر من مذهبه في ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد احتج مالك في الموطأ على منع هذا البيع المستثنى فيه الجنين بأنه لا يدرى هل الجنين تام أم ناقص، حي أو ميت، ذكر أو أنثى، حسن أو قبيح؟[2] مع كون ذلك ينقص من ثمن الأم. فأشار إلى كون هذا العقد يتضمن غرراً للجهل بحال الجنين، وتجويز أن يخرج على أحد الصفات التي ذكرناها.

وهذا التعليل إنما يصح على القول: إن المستثنى مبيع على الجملة، فيكون البائع الذي استثناه مشترياً له باستثنائه، فيقتضي ذلك كونه اشترى جنيناً لا يعلم صفته، ويقدر أنه باع الأم بمائة دينار وبالجنين الذي استثناه وحقه أن يدخل في المبيع لو لم يستثنه. وأما على القول بأن المستثنى مبقًى، فإن هذا التعليل لا يتضح. لأنه أبقى على ملكه الجنين الذي استثناه، فالجهل بحاله

(1) تقاوى الشركاء المتاعَ بينهم تزايدوه حتى بلغ غاية ثمنه، فأخذه بعضهم.
(2) الموطأ: كتاب البيوع: بيع الغرر.

كالجهل ببعض ما يملكه من ماله وخفائه عنه، وذلك لا يرفع ملكه عنه.

ولما علم مالك ما في هذا التعليل، أشار إلى طريقة أخرى من التعليل يتصور فيها الغرر عنده، وإن قيل: إن المستثنى مبقى على الملك، فقال: إن هذا الاستثناء يحط من ثمنها[1] فكأنه أشار بها إلى أنه وإن قيل: إن الجنين مبقى على ملك بائعه لم يدخل في البيع، فإنه يقتضي إبقاؤه على الملك غرراً في ثمن الأم، لأنه وضْع من ثمنها وقيمتها لأمر لا يدري هل يحصل أم لا يحصل؟ فصار كأنه خاطر في ثمنها. وهذا أيضاً قد يقال فيه بأن هذه المخاطرة لا تعلق لَها بالمشتري، وإنما تتعلق به في تحسين نظره لِنفسه فيما باعه، وسوء نظره. فكأنه أمر خارج عن العقد. فهذا منتهى ما يعلل به في منع استثناء الأجنة.

فإن وقع البيع فإنه فاسد يجب فسخه. فإن حال سوق الأمة قبل أن يفسخ، فقد فات فسخه، ولزمته الأمة بقيمتها يوم القبض. ويكون الولد له. لأنا وإن قلنا: إن المستثنى مبقى، فإن تبقيته على الملك لا تجوز. فلو ألزمنا المشتري قيمة الأم دون الجنين لكنا أمضينا الفساد الذي كنا نهينا عنه، وكنا كبائع الأم دون جنيها. ولو ولدته الأمّ قبل وجوب القيمة على المشتري وقبضه البائع الذي استثناه لما ولد، فإنا نرده إلى مشتري الأم، ولا يمضي استثناؤه لفساده. وإن فات الولد في يديه بحوالة السوق لزمه بقيمته.

وأما إن كان الاستثناء بجزء مقدر بكيل أو وزن، فإنه اختلف قول مالك في ذلك، فروي عنه منع البائع من استثناء أرطال من لحم الشاة التي باع، وإن كانت الأرطال يسيرة. وروي عنه جواز ذلك إذا استثنى أرطالاً يسيرة. فكأنه في رواية المنع قدر أن هذا الاستثناء يقتضي غرراً كنحو ما اقتضاه في استثناء الجنين، لأن اللحم المستثنى مغيب عن النظر لا يعلم هل هو سمين أو هزيل؟ فصار البائع لما استثناه كمشتري لحم مغيب. هذا على القول أن المستثنى مشترى. ولو قلنا: إنه مبقى، لكان الغرر ها هنا في جانب المشتري. لأن

(1) المرجع السابق.

المعروف من المذهب أن هذا الاستثناء يوجب القضاء بذبح الشاة لمن دعا إلى الذبح. وإذا كان الحكم كذلك صار المشتري اشترى ما بعد اللحم المستثنى وهو مغيب. وشراء اللحم المغيب لا يجوز. وكأنه في رواية الإجازة لاستثناء الأرطال اليسيرة قدر أن الغرر في هذا خفيف ليسارة ما استثناه. وكأن ما/ استثناه أجري عليه حكم الحياة. وشراء شاة حية لا يمنع منه.

فإذا كانت الأرطال المستثناة من الشاة كثيرة، فإنه لم يختلف القول في منع هذا البيع وفساده لتضاعف الغرر فيه من وجهين: أحدهما كون اللحم المستثنى مغيباً، والثاني كون المشتري جاهلاً بمقدار ما يحصل له بعد الاستثناء، ويجوز أن يأتي الاستثناء على سائر لحم الشاة، أو على أكثر لحمها، ولا يبقى له إلا النزر اليسير الذي لا بال له. وهذه المخاطرة الثانية تعدم في استثناء الأرطال اليسيرة.

واختلف في تحديد اليسير الذي يجوز استثناؤه ها هنا، فقيل: أربعة أرطال، وقيل: ستة أرطال فما دونها، وقيل: ما تقاصر عن الثلث، وقيل: الثلث في حيز اليسير ها هنا. وقد يقال ها هنا: إن ابن القاسم وافق أشهبَ على جواز بيع الصبرة من طعام واستثناء مكيلة منها هي قدر الثلث. وخالفه في استثناء أرطال من لحم الشاة، فلم يجز ما بلغ الثلث. وهذا إنما يعتذر عنه بأن الغرر في لحم الشاة يدخل من جهة كون اللحم المستثنى مغيباً، ومن جهة ما يتخوف من كون استثناء الكثير من الأرطال يأتي على أكثرها، وطعام الصبرة مُشاهَد جميعه لا غرر فيه من هذه الجهة. فكان التخاطر فيه أخف من استثناء أرطال كثيرة من لحم الشاة. فلهذا أجاز ابن القاسم استثناء مقدار الثلث من الصبرة ولم يجز ذلك في اللحم.

وقد أشار بعض أشياخي إلى إلزام أشهب جواز استثناء الكثير من الأرطال من لحم الشاة، لأجل أنه ذهب إلى أن شراء عشرة أرطال من لحم الشاة لا يفسخ إذا كان المشتري قد حبس[1] الشاة وعرف على الجملة سمنها من هزالها.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: جَسّ.

وهذا أيضاً قد يقال فيه: إن الغرر يدخل في الاستثناء من جهة البائع، ومن جهة المشتري، كما بيناه. وها هنا لا يتصور الغرر في مشتري أرطال من لحم شاة من ناحية هزالها من سمنها. وقد أجاز ابن القاسم أن يبيع رطباً ويستثني البائع منه مقدار الثلث كيلا يأخذه تمراً. ولا يجوز أن يشتري مكيلة من الرطب على أن يأخذها تمراً، لكون الشراء معاوضة حقيقيّة يجتنب فيها الغرر، وكون الاستثناء يبقي المستثنى على ملك البائع على قول الأكثر. وكذلك لا يجيز اشتراء أرطال يسيرة من لحم شاة حية، ويجوز أن يستثني البائع لها، من لحمها هذا المقدار، لأجل ما نبهناك عليه. وقد كنا قدمنا رواية مطرف عن مالك في مشتري جزور مريض واستثنى رأسه أو أرطالاً يسيرة من لحمه، فأبقاه حتى صح، أنه لا يقضي عليه بالذبح، ويعطى مثل اللحم الذي استثناه. ولم يوجب الذبح إذا اختلفا فيه. واعتذرنا عن هذا بما يغني عن ذكره ها هنا.

وأما استثناء جزء معين منها غير مقدر بكيل ولا وزن، كصوف شاة باعها، فإن ذلك يجوز. ولكن يشترط أن يجزّه البائع بعد اليومين ونحوهما. ولا يجوز اشتراط التأخير أياماً كثيرة، بخلاف مشتري صوف غنم اشترط تأخير جزازها خمسة عشر يوماً ونحوها، فإن ذلك يجوز له إذا أبقاه ليتكامل نضجه وتعسيله ولم يبقه ليزيده نماء. لأنه إذا باع الشاة واستثنى صوفها على أن يؤخره أياماً كثيرة فقد صارت الشاة معينة تقبض إلى أجل بعيد. وقد تقدم ذكرنا/ للمنع من بيع سلعة معينة تقبض إلى أجل بعيد، وذكرنا علّة ذلك في كتاب السلم.

وكذلك لو استثنى لبن شاة باعها، فإنما يجوز من ذلك أن يستثني أياماً يسيرة، بخلاف أن يشتري لبن شاة شهراً أو أكثر منه، لأجل ما نبهنا عليه من كون مشتري الصوف أو اللبن لم يملك رقبة الشاة ولا عاوض عليها، فيكون كمعين بيع إلى أجل.

وأما استثناء جلد الشاة المبيعة في الحضر، فالمشهور من المذهب منعه. وأجازه ابن وهب. وأما استثناؤه إذا بيعتْ في السفر، فعن مالك روايتان: الجواز، وهو المشهور عنه. والمنع، ذكره الأبهري وغيره. وقال القاضي أبو

محمد: إن أصحابنا المحققين يحملون هذا الخلاف على اختلاف حالين، فيمنع في السفر إذا كان للجلد هناك قيمة، ويجوز إذا لم تكن له قيمة. وأشار ابن حبيب إلى منع هذا التأويل الذي قاله القاضي أبو محمد، وأجاز استثناء الجلد والأكارع حيث تكون لها قيمة. واعتل بأنه شراء شيء معين فلا يمنع على قوله هذا أن يكون اختلاف قول مالك في استثنائه في السفر يحمل على سفر يكون للجلد فيه قيمة. وإذا قلنا بجواز استثنائه، فإن المشتري للشاة لا يجبر على ذبحها، وإن دعا البائع إلى ذلك لحقّه في أخذ عين الجلد الذي استثناه.

والتحقيق عندي يقتضي الجبر على الذبح لتعلق حقه بعين الجلد، كما يجبر المشتري على الذبح إذا استثنى البائع أرطالاً، لتعلق حقه بعين اللحم، كما ذكرناه في المشهور في المذهب. لكن لما استخف أمر الجلد، وكان لا قدر له ولا بال، وذبح الشاة فيه إفساد للمال وبخس في الثمن، غلب أحد الضررين فكان من حق المشتري أن يدفع قيمة الجلد عوضاً ليصون بذلك ماله من إفساده بالذبح. وقال مالك: يقضى لِلْبائع بقيمة الجلد أو شرائه، يعني به مثله. وكأن هذا خارج عن الأصول، لكون العروض إنما يلزم متلفها قيمتها لا مثلها. لكن قد وقع في المذهب القضاء فيها بالأمثال فيما لا قدر له ولا بال. كما قيل: من حرق ثوب إنسان، أنه يرفوه ثم يغرم ما نقص. إلى غير ذلك مما نذكرهُ في مواضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا تقرر أن الامتناع من الذبح من حق المشتري، وأن البائع لو طلب المثل أو القيمة، قال المشتري: بل يذبح وترْفع الجلد، لكان ذلك من حقه. لأنا إنما عدلنا إلى غرامة العوض لما يلحق المشتري من الضرر بالذبح. فإذا خفّ عليه التزام هذا الضرر عدنا إلى الأصل في أن كل ذي حق أحق بعين ماله. وإذا قضينا بالذبح، إذا دعا إليه المشتري، فإن بعض المتأخرين ذهب إلى أن إجارة الذبح والسلخ تكون على البائع والمشتري بقدر ما يملكه كل واحد منهما من هذه الشاة، لما كانت منفعة الذبح لا يختص بها أحدهما دون الآخر، فوجب أن يشتركا فيها بقدر ما لكل واحد منهما. وينبغي أن يلتفت في هذا الذي ذكرناه

إلى أصل آخر، وهو النظر في المستثنى هل بشترى أو مبقى؟

فإن قلنا: إنه مبقى على ملك البائع، وكأن البائع باع ما سواه، وهو اللحم، فإن على البائع السلخ ليتمكن المشتري من أخذ المبيع، كما قيل فيمن باع عموداً عليه بناء، أو جفن سيف عليه حلية، فإن على البائع أن يزيل ماله من البناء على العمود، وماله من حلية على السيف، ليتمكن المشتري من قبض ما اشتراه.

وإن قلنا: إن المستثنى مبقى، وكأن البائع باعها بدنانير وبجلدها، فإن المشتري يقدر بائعاً للجلد وهو ما التصق باللحم، فيختلف على من تكون إزالته، هل عليه أو على البائع منه؟ كما اختلف فيمن باع صوفاً على ظهر غنم، أو ثمراً في أغصان شجر، هل يكون الجزاز والجذاذُ على البائع أو على المشتري؟

وأما ما أشار إليه من حكينا قوله من الأشياخ: أن الإجارة تكون بقدر قيمة الجلد من قيمة الشاة، فإنه قد اختلف المذهب في الإجارة إذا كان العمل واحداً في أموال رجال مختلفين والمال مختلف، هل تكون الإجارة على قدر أعمالهم، أو على المساواة؟ فكذلك ما نحن فيه.

وأما استثناء عضو معين، كالفخذ أو الذراع، أو غير ذلك من الأجزاء التي لها قدر وبال، فإنه ينبغي أن تجري على الأختلاف في استثناء الأرطال. فإن كان العضو المستثنى فيه أرطال كثيرة لا يجوز استثناؤُها لحماً في أصل البيع، فإنه يمنع. وإن كانت قليلة فإنه يجوز. ويختلف في حد القليل على حسب ما قدمنا ذكره.

وأما الاستثناء من الصبرة جزءاً شائعا، فإنه يجوز باتفاق، قلّ الجزء أو كثر، كما قدمناه في استثناء جزء شائع من الشاة.

وأما استثناء كيل مقدر منها، فإنه إن زاد مقدار الكيل على ثلث جميعها، منع، لما نبهنا عليه من شدة الغرر في البيع إذا كان المستثنى كثيراً. وإن كان مقدار ما استثني من الكيل ثلث جميعها فأقل، جاز ذلك.

فإن هلكت الصبرة قبل أن يقبض البائع منها ما استثناه، فإن هلاكها منهما جميعاً، يضمن مشتريها ما زاد على المستثنى، ويضمن البائع المستثنى. فأما

كون المشتري يضمن ما اشتراه، فإنه اشتراها على الجزاف. وبالعقد يضمن الجزاف. ويختلف في اعتبار مضي قدر التمكين والتسليم. وهذا إذا تمكن المشتري من أخذ ما سوى المكيل الذي استثناه البائع فإنه يتحقق الضمان عليه. وأما كون البائع لا يرجع على المشتري فيما استثناه منها، فإنه يصح على القول بأن المستثنى مبقى على ملك البائع. وأما على القول بأن المستثنى مشترى، وكأن البائع باع جميع الصبرة بدنانير وبمكيلة منها، فإنه يسبق إلى النفس أن المشتري يكون ضمان المستثنى منه لكونه قد باعه. ولكن هذا يسبق منه إلى النفس أيضاً فساد البيع لما يتصور فيه من كون العقد وقع على بيع طعام بطعام وذهب، وذلك ممنوع. وقد جعله بعض الناس حجة على من أجاز هذا الاستثناء وزعم أن المستثنى مشترى. لكن أصبغ ذهب إلى أن المستثنى مشتَرى فيمن باع داراً واستثنى البائع سكناها سنة، فانهدمت الدار قبل استيفاء السكنى. فقال: يرجع بائع الدار على مشتريها بقيمة ما بطل من السكنى التي استثناها. ينسب ذلك من جميع الصفقة، ويرجع بمقداره من جملتها، كمن باع داراً بدنانير وعروض فاستحق العرض فإنه يرجع بمقداره فيما باعه عيناً، أو قيمة، على حسب ما تقدم بيانه فيما مضى.

وقال ابن القاسم: لا يرجع البائع على المشتري بقيمة السكنى، لم يشتره[1] البائع من مشتري الدار، وإنما أبقاها على ملكه، فلا مرجع له بما ذهب من ملكه على أحد، كما قلناه في ذهاب الصبرة التي استثنى البائع بعضها. وسلم له أصبغ ما قال في الصبرة ولم يخالفه فيها، وإنما خالفه في استثناء منافع دابة أو سكنى دار. وفرق بينهما بأن الصبرة موجودة جميعها حين العقد، فيقدر المشتري قابضاً لما اشتراه. وكذلك يكون/ البائع كالقابض لما استثناه. وأما منافع الدار والدابة فإنها لم تخلق بعد فيعد مستثنيها قابضاً لها فيكون ضمانها منه، وإنما هي شيء يخلق في ملك البائع، فيقدر ما خلق في ملكه كأنه باعه

(1) هكذا في النسختين. والمعنى: لأنه لم يشترها. . .

ممن باع منه الرقبة. وقد كنا نحن أشرنا إلى ما قاله الطحاوي في منع الاستثناء لمنافع الدابة والدار، وإشارته ليس من هذا المعنى. ولو كان المبيع ثمرة أزهت على رؤوس النخل بيعت جزافاً، واستثنى البائع منها مكيلة هي مقدار ثلثها، فإن ذلك يجوز أيضاً ولو اشترط أخذهُ تمراً، كما قدمناه. فإن هلك جميع الثمرة جرى الحكم فيها على حكم الجوائح، أنها توضع عن المشتري، ويكون الحكم فيها كما قدمناه في الصبرة إلا من جهة وضع الجوائح على حسب ما يوجبه الشرع.

ولو ضاع بعض الصبرة المبيعة لكان البائع هو المقدم فيما بقي، حتى يستوفي المكيلة التي استثناها، ويقدر كأنه إنما عقد على نفسه بيع ما سوى المكيلة التي استثناها، فلا يحصل للمشتري شيء إلا بعد تحصيل البائع ما استثناه. وقد قال بعض المتأخرين: هلا وجب أن يكون الباقي بين البائع والمشتري، كما يكون هلاك الجميع منهما، فكذلك ينبغي أن يكون الباقي بينهما على نسبة ما كان لكل واحد منهما؟ والانفصال عما قاله، ما أشرنا إليه من اعتبار المقصود في هذه العقود. وكأنهما تبايعا على أنه ما دام الطعام موجوداً أو بعضه، فإن البائع يقدم حقه فيه على حق المشتري.

وأما استثناء بعض الثمرة التي على رؤوس الشجر كيلا، فإن الجائحة إذا وقعت في بعض الثمر، فإن كانت الجائحة يسيرة مما لا يوضع عن المشتري من الثمر شيء لأجلها، فإنها تكون كالصبرة يقدم فيها حق البائع في استيفاء جميع المكيلة مما بقي منها، لكون ما ذهب كأنه لم يذهب إذ لم يوضع له من الثمن شيء. وأما إن ذهب منها ما يوجب للمشتري وضع شيء من الثمن لكونه أكثر من ثلث الثمرة، فإن ابن عبد الحكم روى عن مالك فيها روايتين: إحداهما أن البائع مقدم في استيفاء جميع المكيلة كما قلناه في الصبرة. والرواية الثانية عنه، وهي اختيار ابن عبد الحكم، أن البائع لا يقدَّم بجميع التسمية التي استثناها، لكون الشرع أثبت ها هنا حكم الوضع عن المشتري فيما طرأ من جائحة. فإذا وضع عنه من الثمن شيء وضع مما استثناه البائع شيء بمقدار ذلك، لأنه كالثمن وكالمشترَى.

ولو باع الصبرة من غير استثناء، ثم أراد البائع أن يشتري منها شيئاً قبل أن يفترقا، وتناقدا الثمن، فإن ذلك يمنع منه مخافة أن يكونا عقدا على ذلك وأخرا إظهاره إلى بعد العقد، إلا أن يكون ما أراد أن يشتريه الثلث فأقل، فإن ذلك جائز، لأنهما لا يمنعان من هذا لو أظهراه حين العقد ولا يتهمان على كتمانه. ولو كان الاشتراء لبعض الصبرة بعد أن تناقدا الثمن وافترقا، لجاز ذلك على الإطلاق من غير اعتبار بكونه ثلث الصبرة أو أقل أو أكثر، لكون العلاقة التي يوجبها البيع من التناقد والافتراق يرفع التهمة في بياعات النقود، إلا أن يكونا من أهل العينة فيتهمان على ذلك، كما يتهم أهل العينة في بياعات النقود. وعلى هذا الأسلوب في الالتفات إلى التهم جرى الأمر في المذهب على إجراء التهم التي صوّرناها/ في بياعات الآجال ها هنا.

ولو بيعت الصبرة بثمن إلى أجل، ثم أراد بائعها أن يشتري شيئاً منها، فإن ذلك لا يجوز، لأن الذي اشتراه منها قد رجع إليه، فكأن البيع لم يقع عليه، وحصل من أمرهما أن البائع دفع دنانير نقداً وطعاماً بثمن إلى أجل. ولو اشترى منها شيئاً على المقاصة من الثمن إذا حل الأجل لجاز ذلك.

ولو بيعت الصبرة بنقد، ثم اشترى منها شيئاً إلى أجل، لجرى الأمر فيها على ما كنا قدمناه في كتاب بيوع الآجال من اعتبار التهمة إذا كانت البيعة الأولى نقداً والثانية إلى أجل، والمتبيعان ليسا من أهل العينة. وقد ذكرنا ما وقع في المذهب في هذا النوع من بياعات الآجال بما يغني عن إعادته ها هنا.

وقد علم من المذهب أن من باع نخلاً وفيها تمر لم يؤبر، فإنه للمشتري، ولا يجوز أن يستثنيه البائع. ولو وهب صاحب النخل هذه الثمرة قبل الإبار ثم أراد أن يبيع النخل خاصة، فإن ذلك يمنع منه، لأجل أنه يتصور فيه بيع نخل فيها تمر لم يؤبر، استثنى البائع الثمرة، لكون هذا قد تقدم زوال ملكه عن الثمرة بهبته لها فيكون العقد على النخل عقداً عليها دون ثمرتها التي لم تؤبر وذلك كاستثنائه. ولم يلتفت في هذا إلى كون البائع حين البيع لا قدرة له على إدخالها

في البيع، ولا ملك له عليها، فيقدر أنه استثناها. وقد كنا أشرنا إلى هذه النكتة قبل هذا، لما تكلمنا على بيع عبد أو دار، وقد أكراهما بائعهما قبل أن يحوّل رقابهما.

ولو أبر بعض النخل دون بعض لكان الأقل تبعاً للأكثر في حكمه، إذا كان كل واحد منهما متميزاً عن صاحبه. ولو كان هذا مختلطاً لم يجز للبائع استثناؤه لكون استثنائه على العموم يدخل فيه استثناء ما لم يؤبر. وقد ذكر في المدونة حكم بيع لبن شاة أو شياه، فأعلم أن شراء هذه الألبان إما أن يقع على الكيل أو على الجزاف، وفي كلا الوجهين يقع ذلك في عدد قليل كالشاة والشاتين، أو في عدد كثير كالعشرة ونحوها. فأما العقد على لبن شياه كثيرة فإن ذلك يجوز. ويستوي الحكم فيه بين أن يعقد على الجزاف أو على الكيل، ولكن يجب أن يرفع فيه ما يقتضي الوقوع في الغرر والخطر. ولا يعقد ذلك حتى يعلم من حال اللبن ما يكون الجهل به يتضمن غرراً في المبيع، وذلك بأن يشترط، إذا بيعت على الكيل، كيلاً يعلم أن الغنم تفي به، والزمن لا ينقطع فيه اللبن، فبيعه على الكيل يرفع الجهالة بمقدار المبيع، وبيعه على الجزاف يفتقر فيه إلى المعرفة بقدر الحلاب على الجملة لاختلاف أحوال الغنم في غزارة اللبن وقلته. وإذا كان على الكيل علم المشتري مقدار ما اشتراه. وأما إن كانت الشياه قليلة كالشاتين، فالمذهب على قولين: نهى في المدونة عن شراء ذلك على الجزاف. وأجازه في الموازية وذلك اختلاف في شهادة بعادة. فمن أجاز رأى أن الغالب بقاء اللبن على ما اختبر منه المشتري قبل العقد، وتغيُّره نادر لا يلتفت إليه. ومن نهى عنه رأى أن التغيّر في ذلك ربما تكرر تكرراً يوقع الغرر، فنهى عنه، بخلاف أن تكون الشياه التي اشترى لبنها كثيرة، فإن الغرر ها هنا الذي أشرنا إليه يخف، لكون بعضها وإن خف لبنه في بعض الأيام، فإن البعض الآخر ربما غزر لبنه،/ حتى ينوب هذا عن هذا. ويجري الأمر فيها على ما عرف من ناحية حلابها. وقد أجاز في المدونة أن يكتري بقرة للحرث ويشترط لبنها إذا كان العقد في إبان لبنها. وأشار سحنون إلى إنكار هذا، ونهى عنه لكونه يتضمن

شراء لبن عَدَدٍ يسيرٍ، وقد ذكرنا عن المدونة أنه لا يجوز ذلك. فمن الناس من رأى ذلك اختلاف قول منه في المدونة، ومنهم من اعتذر عن ذلك، ولم يره اختلافاً من القول لكون اللبن ها هنا لم يعقد عليه منفرداً، وإنما عقد عليه تبعاً للمنافع التي اشتريت منها، وهو الحرث بها، والغرر يتصور في الشيء إذا انفرد، ويرتفع منه إذا كان تبعاً لغيره. ألا ترى أن من اكترى داراً وفيها شجرة لم تَزْهُ فإنه يجوز له اشتراط ثمرتها إذا كانت الثمرة تبعاً للكراء، ولا يجوز اشتراء ثمرتها قبل الزهو منفردة. فكذلك العذر عن هذه المسألة. لكن أشار ابن أبي زمنين إلى المناقضة من جهة أخرى، فقال: قد اشترط في المدونة فيمن اكترى بقرة للحرث، واشترط لبنها، أن ذلك يجوز إذا عرف وجه حلابها. فإن بناء الجواز فيها على كون اللبن ها هنا تبعاً، فلمّا[1] اشترط وجه المعرفة بحلابها واشتراطه ذلك يؤذن بكونه مقصوداً، وكونه مقصوداً يقتضي منع العقد عليه كما لو عقد عليه منفرداً. وهذا الذي قاله ينفصل عنه بأن الغرر إذا كان من جهة يقدر على رفعها من غير مشقة لم يسامح به. ومعرفة قدر حلابها يمكن أن يطلع عليه من غير مشقة، والعدول عن العلم به إلى الجهل به وقوع في الغرر. فكونه ها هنا تبعاً لا يقتضي العفو عن هذا الغرر الذي يقدر على رفعه من غير مشقة. وأما ما يتوقى من تغير اللبن فكذلك أمر لا يقدر على رفعه إذا كان المكتري يتسلم البقرة للحرث عليها على الإطلاق، فإن البائع تلحقه المشقة في الإتيان إليها لحلابها وقتاً بعد وقت، فدعت هذه المشقة إلى العفو عن هذا النوع من الغرر، كما أجيز اشتراط ثمرة شجرة لم تزه في اكتراء الدار إذا كانت الثمرة تبعاً، لما يلحق المكتري من التأذي بدخول صاحب الدار إليه وتكرر ذلك عليه ليجني ثمرته. وقد قدمنا في العرية إشارة إلى تعليلها بهذا المعنى.

وقد اختلف المذهب في هذه البقرة التي اكتريت للحرث، واشترط حلابها، هل يحط من الكراء شيء بسبب ما ارتفع من اللبن أو لا؟ فذهب ابن

---

(1) في المدنية: فلماذا.

القاسم إلى أنه يحط منه بمقدار ما قابل اللبن من الكراء. وذهب أصبغ إلى أنه لا يحط منه بناء منه على أن الاتّباع لا حصة لها من الثمن، كمال العبد إذا اشترط في البيع، والثمرة المؤبرة إذا اشترطها مشتري رقاب النخل. وإذا كان العقد في شراء اللبن على ما يجوز، واشترى اللبن على الجزاف فماتت بعض الشياه، فإنه يحط عن المشتري من الثمن مقدار ما قابل لبن الشاة التي ماتت بعد اعتبار قيمة اللبن في أول الإبان وآخره. وينظر في لزوم العقد فيما بقي منها. فإذا كان الذي بقي منها حياً هو الأكثر، فأصل المذهب أنه يلزم البيع فيه على ما تقدم بيانه في كتاب الرد بالعيب. وإن كان الذي بقي منها حياً أقل الصفقة، فها هنا اضطرب المتأخرون. فمنهم من أشار إلى لزوم البيع، بخلاف ذهاب أكثرها بالاستحقاق، أو رده بالعيب لما كان الاستحقاق والردّ بالعيب من سبب البائع، ويتهم البائع في كونه من سببه ومدلساً به. والموت أثرٌ لا سبب للبائع فيه فلا يكون للمشتري مقال بذهاب أكثر صفقته كجوائح الثمار، لما كان ذهاب ما هلك من الثمرة لا سبب للبائع فيه، وجب ألا يكون لمشتريها مقال فيما سلم منها ولو كان أقلها. ومنهم من مال إلى أن للمشتري مقالاً، واحتج بقوله في المدونة فيمن اكترى دارين فانهدمت إحداهما، وهي وجه الصفقة: أن له رد الأخرى. والانهدام لا سبب للبائع فيه. ومقتضى هذا التخريج إثبات حق للمشتري، ورد ما بقي من الثمرة التي طرأت عليها جائحة، وإن كان هو أقل الصفقة.

وذكر في المدونة في هذا الكتاب سؤالاً، وهو: من بنى رحًى في أرض لغيره يخرقها نهر، فقال: على باني الرحى قيمة كرائها، وأما الماء فلا كراء له. وقال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: هل هذا السؤال على أن المراد به النهر الخارق لهذه الأرض ليس بملك لصاحب الأرض، بل هو لغيره، فلهذا أسقط من هذا التقويم كراء الماء. وقيل: إن المراد بهذا القول أن الماء لا كراء له إذا انفرد، وأما إذا كان على هذه الصفقة، فإنه تقوّم الأرض على أن هذا النهر يخرقها. وقال بعضهم: إنما يقع التقويم ها هنا على أن سوْق الرحى بهذا الماء على مكتري الرحى لا على المطالب له بالكراء.

وقد ذهب ابن أبي زمنين إلى مناقضة هذه المسألة بمسألة أخرى فقال: قد قال ها هنا: إن الماء لا كراء له. وقال في كتاب الغصب، فيمن غصب بئراً فسقى بها: إن له حق الماء. فإن كان النهر مملوكاً فلا فرق بين السؤالين. وكره مالك بيع المواجل المحبّسة. وهم سحنون بأن يشق روايا الماء بالقيروان التي كانت تنقل من الماجل المسبل للناس، ثم وقف عن هذا، وقال: إن فيه مرتفقاً للناس. وكان أصحابه لا يشترون الروايا وهي ملأى لئلا يقعوا في كراهية شراء الماء المحبس. ولكنهم يقولون لصاحب الراوية بكم تبيعها؟ فإذا أعلمهم بالثمن وقد فرّغها قالوا له: خذه وانقل لنا ملأها. يقصدون بهذا أن يكون ما دفعوه إجارة لدابته وخدمته فيها واستقاء الماء، فيسلمون من الكراهة، وكأنه في هذا نائب عنهم في استقاء الماء. وهذا تورع منهم، وإلا فإذا كان القصد في شرائها، وهي ملآنة، المُعاوضة عن حمل دوابهم واستقائهم، فإن هذا يعود إلى الأول الذي أجازوه واستخفّوه. وسنبسط الكلام في هذا المعنى في موضعه فيما بعد إن شاء الله تعالى. تم كتاب التجارة بأرض الحرب. والحمد لله.

كتاب الصلح

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

الصلح على قسمين:

صلح على إقرار، مثل أن يدعي رجل على رجل آخر بدار في يديه، أو يدعي بدين له عليه، فيقر المدعى عليه بصحة دعوى المدعي ثم يتفقان/ على معاوضة عن هذا الذي ادعاه المدعي، فهذا لا خلاف في جوازه. وينظر فيما يجوز منه وما لا يجوز مما تقدم في أحكام البيوع الفاسدة والبيوع الصحيحة.

وهو بيع على الحقيقة، وإنما خص بهذه التسمية لكون العوضين في يد أحد الرجلين فالدار المدعى فيها في يد المدعى عليه، والذي يبذله عنها حتى يسلمها له المدعي في يديه أيضاً. وغالب البياعات مناولة يد ليد أخرى سلعة عن سلعة من الطرفين جميعاً.

والقسم الثاني: الصلح على الإنكار، وهو أن يدعي رجل على رجل في يديه دار أنها له، وينكر ذلك من في يده الدار، أو يدعي بدين عليه فينكر ذلك المدعى عليه.

والأصل في جواز الصلح على الجملة ـ قبل النظر في هذا التفصيل والتقسيم ـ الكتاب والسنة.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿۞ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۚ﴾(1)... الآية فتضمنت الحض على الإصلاح والوعد عليه بالأجر العظيم.

وقال تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ﴾(2) الآية. فأمر بالإصلاح في القتال.

وقال تعالى في الفروج أيضاً: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ﴾(3)

---

(1) النساء: 114.

(2) الحجرات: 9.

(3) النساء: 128.

وقال تعالى في الحكمين: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾[1].

وطلب كعب بن مالك من أبي حدرد، في حق له عليه، وارتفعت أصواتهما عند باب النبي ﷺ، فخرج إليهما وقال: ضع الشطر[2]. وهذا نوع من الصلح. وخرج ﷺ لبني عوف ليصلح بينهم[3].

وأبين من هذا قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[4]. فأما تحليل الصلح فتبيين أمثلته: كمن صالح على دار ادعاها بخمر أو خنزير، أو غير ذلك مما لا تجوز المعاوضة به. وأما قوله: أو حرم حلالاً، فمثاله: أن يصالح عن هذا الدار ـ التي ادعى فيها ـ على أمة يشترط أن لا يطأها، أو ثوب يشترط أن لا يلبسه أو لا يبيعه، إلى غير ذلك من وجوه التحجير مع ما يدخل في هذا المعنى من تحريم المحلّل..

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

اختلف الناس في الصلح على الإنكار، فأجازه **مالك وأبو حنيفة**، ومنع منه **الشافعي**. ونحن نوضح لك المعنى الذي أدى لهذا الاختلاف بعد أن نقدم لك مقدمة، عليها يعرض النظر في هذه المسألة.

فاعلم: أن إضاعة المال قد تقرر في الشرع المنع منها. كما تقرر أن حقيقة البيع نقل الملك بعوض. وأن الملك إنما ينتقل عن مالكه بأحد أمرين: إما عطية، وهو بذله بغير عوض لغرض صحيح، وهو طلب الأجر إن قصد الصدقة، أو المجازاة من الموهوب له بعوض آخر، أو بغرض صحيح ببذل المال له.

أو ينتقل الملك عن معاوضة وهي التي تسمى بيعاً.

والصلح على الإنكار لا يتصور فيه حقيقة الهبة لأنهما لم يقصدا إليها، وإنما قصدا إلى المعاوضة لعوض بعوض. فإذا امتنعت الهبة ها هنا تقديراً لأجل

(1) النساء: 35.
(2) فتح الباري. 6/239.
(3) فتح الباري. 6/225. وفيه: بنو عمر وبن عوف.
(4) الترمذي. 3/27. حد. 1352.

كونهما لم يقصدا إليها، واستحال البيع لكون من ادُّعِي عليه في دار فأنكر، وصالح على عبد دفعه، فإن العبد لا يقابل الدار، لكون الدار والعبد جميعاً ملكاً لحائز الدار وباذل العبد، وهو لم يبذل العبد هبة فيجوز ذلك، ولا بذله عن معاوضة عوض بعوض آخر وأعطى فتصح المقابلة التي يتصور فيها حقيقة البيع. فإذا استحال تصور الهبة والبيع استحال انتقال الملك واستحالة انتقال الملك ها هنا تتضمن استحالة الصلح على الإنكار. ولكن هذه الاستحالة في تقدير المعاوضة. والمقابلة إذا كانت من الطرفين جميعاً واستحالت من جهة كل واحد من المتعاقدين فلا خفاء بامتناع هذا العقد وبطلانه، كمن باع ولده الحر بولد رجل آخر حر. فإن استحالت من أحد الطرفين دون الآخر فها هنا يقع النظر.

فواضح أن الذي في يده الدار وادُّعي عليه فيها فأنكر الدعوى، ثم صالح عليها بعبد دفعه للمدعي، أن هذا من جهة المدعَى عليه في الدار لا يتصور فيه حقيقة البيع والمعاوضة، بأن يكون اشترى مالاً بعبد، ولكنها تتصور من الطرف الآخر، وهو جانب المدعي، والمدعي يعتقد أن الدار ملك له، وأن ملكه نقله عنها بعبد أخذه ممن في يده الدار. فهل يقدم ها هنا حكم الاستحالة على حكم الجواز، ويصير هذا العقد كالمستحيل من الطرفين فيبطل، أو يغلب حكم الجواز على حكم الاستحالة فيجوز ذلك، ويصح العقد، كما يصح إذا كان جائزاً من الطرفين جميعاً؟ فمقتضى هذا منع الصلح على الإنكار في حق من غلب جانب الاستحالة على جانب الجواز، وجواز الصلح على الإنكار في حق من غلب جانب الجواز على جانب الاستحالة. وقد ناقض المغلبون لجانب الجواز على جانب الاستحالة المجيزون للصلح على الإنكار أصحابَ الشافعي المغلبين حكم الاستحالة على حكم الجواز بموافقتهم على أن من شهد على رجل أنه أعتق عبده ثم اشتراه منه، أن الشراء لا يبطل، وأنه يعتق على مشتريه، مع كون هذه المعاوضة تستحيل من جهة المشتري الشاهد بالعتق، وَتَجوز من البائع المنكر للعتق. فكون هذا العقد لا يبطل ولا يفسخ يدل على أن الأصل تغليب الجواز على الاستحالة.

وهذا يجيب عنه أصحاب الشافعي بأن هذه الموافقة على هذه المسألة ما

صاروا إليها لأجل تغليب الجواز، وهو مقتضى قول المشهود عليه: إني لم أعتق. فيبقى جَائزاً، ولكن بمقتضى أنه حائز لعبده، والعبد تحت يده، واليد دليل الملك. وشهادة الشاهد عليه قد أسقطها الشرع واطّرحها وأثبت حكم يده، فكان ما أثبته الشرع أوْلى بأن يرجح على ما أسقطه واطّرحه.

ولو شهد رجل آخر أنه أعتق عبده، وشهد المشهود عليه على الشاهد بأنه أعتق عبده، وكل مالك لعبده ينكر العتق، ثم تبايعا أحد العبدين بالآخر، فإنه لا يصح في جانب أحد هذين المتبايعين دعوى الجواز، بل كل واحد منهما يدعي المنع من المعاوضة التي فعلاها، ثم مع هذا تثبت المعاوضة، ثم يؤخذ كل واحد منهما بعد صحة العقد بمقتضى ما زعم من كون العبد لا يصح أن يملك. فالقضاء، ها هنا، بإمضاء العقد لجهة إسقاط الشرع قول الشاهد، وما أسقطه فهو كالعدم.

وقد اشترط بعض أصحاب **مالك** أن المشتري الذي شهد بالعتق لا يلزمه العتق إلا إذا تمادى على صدقه فيما شهد به بعد أن ملك العبد بالشراء. وقدَّر أن قوله قبل أن يملكه لما اطرحه الشرع فكأنه لم يقله. وعلى هذا المذهب يتضح هذا التعليل الذي ذكرناه من اعتبار القول الذي رجحه الشرع دون القول الذي اطّرحه.

وقد قال بعض الناس في الاعتذار عن إمضاء هذه المعاوضة، بأن الذي يبذله الشاهد بالعتق إنما هو كالفداء للحر من يد من يسترقه. وهذا الاعتذار يتصور لو أعتقه المشتري وعلم أنه يعتق عليه وأن شراءه لا ينعقد فيه، فيصير ما بذله كالفداء للحر. وأما إن لم يكن الأمر كذلك فإنه لا يتحقق فيه معنى الفداء على الحقيقة. وإطلاق القول بأن جانب الجواز يغلب على جانب الاستحالة من غير ترجيح لا يصح لأنه يقتضي جواز معاملة الذمي بما يجوز في شرعه ولا يجوز في شرعنا تغليباً لحكم الجواز. وهذا لم يقله أحد.

وقد ناقض هذه الطريقة وهي ترجيح جانب الجائز بعض أصحاب أبي حنيفة بأن الحائز حجته حوزه ويده. وقوله في الشرع مستغنى عنه، لأن الحوز يكفيه، وقول المدعي ينبغي أن يحمل على الصدق، لأن المسلم إذا أخبر بخبر

لأن المال أعد للمصالح، ومن المصالح للإنسان بذله في أن يدفع عن نفسه ضرراً به. وقد قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾[1] وعموم هذا يقتضي جواز الصلح على الإنكار كإسقاط الحقوق والإبراء منها.

ويجيبون هم عن هذا، بأن الإبراء إذا لم يكن عن معاوضة فهو مما ينفرد به صاحب الحق، ولا يقف جوازه وفعله على اعتبار جانب مَن عليه الحق. والصلح على الإنكار، وإن قدّر كالإبراء والإسقاط، فإنه لم يقع إلا عن معاوضة، والمعاوضة لا تكون إلا من الجانبين جميعاً، وحقيقة المعاوضة تستحيل كما تقدم بيانه، وذكرُ ما قالوا في استحالتها.

وقد نوقض أصحاب **الشافعي** أيضاً بجواز خلع المرأة زوجها على مال، وما يأخذه الزوج ليس يبذل عنه عوضاً مالياً ليحصل للمرأة.

وهم يجيبون عن هذا بأن المعاوضة على إسقاط الحق لا يطلق القول بجوازها عموماً، لكن في مواضع دل عليها الدليل، ومن الحكمة والمصلحة أن يباح للمرأة بذل مال للتخلص ببذله من ضرر الزوج، وهو عشرته التي تؤدي إلى سقمها وهلاكها/، فلهذا جازت المعاوضة فيه على الإسقاط، ولا توجد مثل هذه الضرورة في الصلح على الإنكار.

وهذا ينتقض عليهم تعليلهم فيه بجواز بذل رجل أجنبي لرجل مالاً على أن يخلع زوجته من عصمته، مع كون هذا الباذل للمال لا ضرر يلحقه من بقاء الزوجة في عصمة الزوج، ثم مع هذا أجيز له بذل المال على إسقاط حق، فكذلك يجوز بذل المال للمدعَى عليه على إسقاط الطالب حقه في دعواه عليه.

ومن أهم ما يناقَضون به جواز صلح المترسط، فإن **الشافعي** أطلق القول بجواز بذل رجل مالاً ليسقط رجل دعواه في مال على رجل آخر. وهذه معاوضة على الإسقاط للحقوق، فإذا جازت منْ أجنبي فجوازها من المطلوب بالدعوى أولى. وأصحاب **الشافعي** لا يسلمون أن مذهبه جواز صلح المتوسط على

(1) النساء: 128.

الإطلاق، ولكن يقولون: إن صلحه في دعواه الأعيان لا يجوز، وإنما يجوز في دعواه الديون، بشرط أن يكون هذا المتوسط يقرّ بأن الصدق في جانب المدعي، وأن المدعى عليه أقر عنده سراً بالحق أو وكله على ما فعل، فتصير المعاوضة من هذا المتوسط كأنها وقعت على بذل مال عوض مال.

ودُفِعوا عن هذا الفرق بين صلح المتوسط وصلح المدعى عليه وهو منكر، بأن المتوسط إقراره لا يتوجه على المدعى عليه، ولا يلزمه منه شيء، فأخذ المال من المتوسط لم يبذل عنه عوضاً ثبت ملكه له ولا وجب استحقاقه له، فوجب أن يمنع من المتوسط كما يمنع من المدعى عليه المنكر للدعوى.

ومما ينبني على النظر في صرف الصلح على الإنكار أن المدعي المعاوضة عن المدعى فيه، أو المعاوضة على إسقاط الطلب باليمين والخصام، وقوع الصلح على الإنكار بشقص من دار. فقد اختلف هل فيه الشفعة أم لا؟ فقال أصبغ: لا شفعة فيه، لأن البذل في الصلح على الإنكار كالهبة من المدعى عليه للمدعي. واستدل على هذا بأن الصلح إذا وقع على وجه حرام فإنه لا ينقض. واستند في هذا أن علي بن أبي طالب رفع إليه صلح على حرام فقال: لولا أنه صلح لنقضته.

والمشهور من المذهب عندنا أن الصلح على الحرام ينقض قرب زمن الصلح أو بعد. وإنما الذي لا ينقض إذا بعُد زمن الصلح الصلحُ على مكروه.

. واختلف مطرف وابن الماجشون في نقض الصلح على مكروه، إذا نظر بَحدْثان الصلح. وقد قيل: إن الصلح بشقص من دار فيه الشفعة، وإن وقع الصلح على الإنكار. ويُستشْفَع الشقصُ بقيمة المدعى فيه.

وأنكر بعض الأشياخ هذا، ورأى أن الأولى الصلح بقيمة الشقص، كما تكون الشفعة بقيمته إذا عقد به نكاح.

ورأى بعضهم أن الشفعة تكون بالأقل من قيمته أو قيمة المدعى فيه. وسنبسط هذا في كتاب الشفعة إن شاء الله. وإنما أوردنا ها هنا الخلاف في الشفعة في الصلح على الإنكار، لأنا قدمنا ما قاله النظار في صرف المعاوضة في

الصلح على الإنكار إلى المعاوضة عن نفس المدعى فيه أوجب الشفعة بقيمة المدعى فيه. وهو أحد القولين. ومن صرفه إلى الافتداء من اليمين لم يوجب الشفعة على ما سيبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

أمّا صلح المشتري عن عيب يطّلع عليه بالمبيع قبل أن ينفسخ العقد بالرّدّ بالعيب، فإنّه قد ذكر في **المدوّنة**، فيمن اشترى عبداً بدنانير، فاطّلع على عيب، فصالحه البائع، على أن لا يقوم به، بشيء دفعه. وذكر حكم أنواع ممّا يدفعه البائع في الصّلح عن هذا. ونحن نبدأ قبل ذكر أحكام هذه الأنواع بالتّنبيه على ما تستند إليه فروع هذه المسألة. فاعلم:

أن أصل **ابن القاسم** في هذا الأخذ بالأحوط، وصرف الصّلح عن هذا العيب الّذي ذكرناه في **المدوّنة** إلى كونه استئناف مبايعة ثانية، بعد تقدير كون الأولى قد انفسخت. فيعتبر ما يحلّ ويحرم في هذه المعاملة الثّانية. وتعرض هذا على ما تقدّم في كتاب البيوع، من تحريم ما يوقع في ربا أو بيع وسلف أو فسخ دين في دين.

وأصل **أشهب** أن هذه المعاملة الثّانية، وهو الصّلح، ليس بفسخ العقد الأوّل تحقيقاً ولا تقديراً، وإنّما هو معاوضة عن ترك منازعة وإسقاط حقّ في أن لا يقام بعيب. فيعتبر ما يجوز أخذه عوضاً عن إسقاط هذه المطالبة بالرّدّ، غير ملتفت إلى تقدير كون هذه المعاملة الثّانية استئنافاً لعقد بعد فسخ الأوّل.

وقد كنّا قدّمنا نحن ما يلاحظ هذه الإشارة لمّا ذكرنا اختلاف فقهاء الأمصار على جواز الصلح على الإنكار، وأنّ منهم من أحاله ومنع منه لكون المعاوضة إنّما تقع على عين المدّعى فيه؛ والمعاوضة عنه تستحيل في حقّ المدّعى عليه، فيجب أن يستحيل في حقّ المدّعي. وأنّ منهم من أجاز الصّلح على الإنكار وغلّب جانب المدّعي في تصوّر المعاوضة منه على جانب المدّعى عليه. وأنّهم عضدوا ذلك بأنّه قد ينصرف الصّلح إلى إسقاط يمين وجبت على

المدّعى عليه وإسقاط خصام. وكذلك/ يصرف **أشهب** ما يفرعه من هذه المسألة في الصّلح عن العيب إلى كونه معاوضة عن إسقاط حقّ في الرّدّ بالعيب. ويصرفه **ابن القاسم**/ إلى معاوضة مستأنفة عن العبد.

وممّا قد يلاحظ أيضاً[1] هذه المسألة اختلاف أهل المذهب في فروع كثيرة بني اختلافهم على النّظر فيمن خيّر بين شيئين، هل يقدّر أنّه مالك لما قدَر أن يختاره أم لا؟ والمشتري لهذا العبد المعيب ملك أن يتمسّك به وملك أن يردّه. فهل يقدّر أنّه مالك لردّه قبل أن يختار ذلك، فيكون الصّلح على ما ملك في هذه العين. أو لا يكون مالكاً إلاّ لما اختار وهو التمسّك بالعبد؟ فإذا تقرّر هذا، عدنا إلى مسألة **المدوّنة** التي مثل بها هذا الأصل. فنقول: لا يخلو الصلح عن العيب من أن يقع بعد أن دفع المشتري الثّمن للبائع أو قبل أن يدفعه. وكلّ واحد من هذين القسمين لا يخلو الصلح فيه من أن يكون بعوض معجّل أو بعوض مؤجّل، وقد فات المبيع أو لم يفت.

فإمّا إذا كان هذا العبد اشتراه مشتريه بمائة دينار، مثلاً واطّلع على عيب وقد دفع المائة دينار، فإنّه يجوز أن يصالحه البائع على هذا العبد لئلاّ يردّه عليه بالعيب، بكلّ شيء يدفعه البائع معجّلاً، سوى أن يدفع ذهباً من غير سكّة الثّمن أو يدفع دراهم كثيرة، فإنّه على أصل **ابن القاسم** يقدّر كأن المشتري ردّ العبد بالعيب، ووجب له على بائع العبد ارتجاع المائة دينار منه. فإذا أخذ من البائع عرضاً أو طعاماً، صار ذلك كأنّه دفع عن مائة دينار وجب عليه ردّها، العبدَ وما دفع في الصلح عن العيب من عرض أو طعام. ومن عليه مائة دينار دَيْناً لرجل فدفع إليه عنها عبداً وطعاماً أو عبداً وعرضاً، لم يمنع ذلك على الإطلاق. لكن إذا دفع إليه في الصلح دنانير من غير سكّة الدّنانير التّي هي ثمن العبد، صار كأنّه أعطاه العبد وعشرة دنانير من سكّة، عوضاً عن مائة دينار وجب عليه أن يردّها للمشتري، وشراء مائة دينار عليه من سكّة بعبد ودنانير لا يجوز، كما تقدّم بيانه في كتاب الصّرف. وإذا صالحه على دراهم كثيرة هي أكثر من صرف دينار

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الأولى: على هذه المسألة.

فدفعها نقداً، فابن القاسم منع ذلك. وأشهب أجازه.

فأمّا ابن القاسم فيقدّر كأنّه إذا صالحه على مائة درهم، فقد دفع إليه العبد ومائة درهم عوضاً عن المائة دينار التّي عليه، فتسعون منها ثمن العبد، والمائة درهم مصارفة عن العشرة الباقية/ من المائة، واجتماع الصرف والبيع لا يجوز عنده إلاّ فيما قلّ قدره.

وأمّا أشهب فإنّه أجاز ذلك لكونه لا يمنع من البيع والصرف أن يجتمعا في عقد واحد. ولو منع ذلك لجاز، على أصله أيضاً، لكونه لم ير الصّلح معاوضة عن الثّمن الّذي قبضه البائع، وإنّما يقدّره معاوضة عن إسقاط القيام بالعيب، وأخذ دراهم كثيرة معاوضة عن هذا لا يمنع.

ولو صالح البائع على عشرة دنانير من سكّة الثّمن يدفعها نقداً، لجاز ذلك. ويقدّر أنّه دفع من الثّمن الّذي وجب عليه ردّهُ عشرة دنانير ودفع العبد عوضاً عن التّسعين التّي بقيت عليه.

ولو وقع الصّلح ها هنا بعوض مؤجّل، لمنع جميع ذلك على الإطلاق في سائر الأنواع.

فلو فرضنا أنّ البائع صالح على عشرة دنانير يدفعها للمشتري إلى شهر، لكان ذلك ممنوعاً على أصل ابن القاسم، لأنّه يقدّر أنّ البائع فاسخ المشتري في المبيع ووجب عليه ردّ المائة دينار بأسرها، وأخذ عبده فقبل منه/ المشتري تسعين منها معاوضة عن العبد الّذي أبقاه المشتري في يده، بشرط أن يؤخّر البائع بالعشرة الباقية إلى أجل. فيصير هذا بيعاً للعبد بتسعين على أن أسلف المشتري البائعَ العشرة التّي وجبتْ له معجّلة فأخّرها إلى أجل، وتأخيرها سلف منه للبائع والبيع والسلف محرّم. وإذا وقع هذا جرى على أحكام البيع والسلف.

ومقتضى أصل أشهب جواز هذا. لأنّ العشرة التّي يدفعها البائع إلى شهر ليست معاوضة عن العبيد[1] ولكنّها معاوضة عن إسقاط القيام به، وذلك جائز.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: العيب.

وكذلك لو صالح على دراهم مؤجّلَة، لجاز ذلك على أصل **أشهب**، لما قلناه، ولم يره صرفاً مستأخراً. ويمنع على أصل **ابن القاسم** لكونه صرفاً مستأخراً، لما قرّرناه صرفاً عن العشرة دنانير التّي ذكرنا.

وكذلك لو وقع الصّلح بعرض أو طعام في ذمّة البائع إلى أجل معلوم، لمنع ذلك عند **ابن القاسم**، لكونه أخذ عوضاً عن بعض ثمن العبد، فيكون تأخيره في الذّمّة فسخ دين في دين. ويجوز على أصل **أشهب** لكونه معاوضة على إسقاط القيام بالعيب لا ثمن بعض الثّمن الّذي وجب ردّه.

هذا حكم هذه الفروع إذا كان البائع قد انتقد الثّمن ثمّ صالح على العيب. وأمّا إذا كان لم يقبض الثّمن، فإنّك أيضاً تعتبر في هذا ما اعتبرناه على أصل/ ابن القاسم من كون هذا الصّلح مبايعة ثانية، فيسلك فيها هذا المسلك فيما يحلّ ويحرم. وعلى أصل أشهب يكون ذلك معاوضة عن إسقاط القيام بالعيب. فتعتبر في ذلك ما تجوز به المعاوضة عن إسقاط هذا الحقّ وما لا يجوز. فإذا صالحه البائع على عرض مؤجّل، جاز ذلك. ويقدّر أنّ البائع دفع إليه العبد والعرض في مائة دينار، فذلك جائز. ولكن يشترط تعجيل الثّمن، لكون المائة دينار التّي يحاول البائع طلب المشتري بها إنّما دفع عنها عوضاً عبداً معجّلاً وعرضا مؤجّلاً، فصارت المائة دينار بعضها رأس مال سلم، وهو العرض المؤجّل، وبعضها ثمن معجّل والسلم لا يحلّ تأخير رأس المال فيه أيّاماً كثيرة، فلهذا قلنا إنّ هذا الصّلح يجوز بشرط ألاّ يؤخّر المشتري دفع الثّمن الّذي عليه أمداً بعيداً، فيكون قا. عقد على دين بدين، وذلك لا يجوز.

وإن صالحه البائع على دنانير ينقدها له، لم يجز ذلك، لأنّه قد أعطى عبداً ودنانير في مائة دينار، يأخذها من المشتري، وبيع عرض وذهب بذهب لا يجوز. لكن لو زاده دنانير على أن يقاصّه بها من الثّمن، جاز ذلك. وكأنّه هضم عنه بعض الثّمن لأجل العيب.

ولو صالحه البائع على تسعين ديناراً يأخذها منه وتبقي عشرة إلى أجل،

لانعكس حكم التّفريع على المذهبين. فيجوز هذا الوجه ها هنا على أصل **ابن القاسم**، لأنّه بنى التّفريع في هذا على تقدير كون العقد الأوّل قد انحلّ وصار الصّلح مبايعة ثانية، فحصل منه أنّه باع عبداً بتسعين ديناراً انتقدها، وبعشرة دنانير مؤخّرة. وهذا لا مانع منه. ويمنع ذلك على أصل أشهب. لأنّه يرى أنّ العقد الأوّل على حاله، لم ينحلّ، وإنّما الصّلح شراء ردّ بالعيب قد وجب للمشتري، فصار البائع كأنّه وجب له مائة دينار بحكم العقد الأوّل، فأخذ منها تسعين وأخّر عشرة إلى أجل، وجعل التأخير عوضاً عن إسقاط قيام المشتري عليه بالعيب، والتّأخير سلف، فصار ذلك سلفاً جرّ منفعة للمسلف، وهو إسقاط/ القيام عليه بالعيب.

وكذلك لو صالح على تسعين ديناراً أو دراهم يدفعها للمشتري مؤخّرة، أو عرضاً مؤخّراً، لجاز ذلك على أصل **ابن القاسم** لما بيّناه. ومنع على أصل أشهب لكونه يرى هذا الصّلح لم ينحلّ به العقد الأوّل، وإذا كان لم ينحلّ به، فقد صارت العشرة الباقية من المائة التّي هي بعض الثّمن فسخت في عرض إلى أجل أو في دراهم إلى أجل. لكن لو صالحه على أن يأخذ منه المائة كاملة ويزيده عرضاً إلى أجل[1] دراهم إلى أجل، لعاد المذهبان على ما/ قدّمناهما في هذا.

ولو كانت الزّيادة من جانب المشتري على أن يستردّ منه البائع العبد، لكان التّفريع على ما قدّمناه، ويقدّر المشتري بائعاً للعبد ولما يضيفه إليه من زيادة. فإن كان نقد الثّمن جاز أن يصالحه على ردّ العبد وعبد آخر معه أو عرض آخر، ويكون كبائع سلعتين بمائة دينار ويأخذها من البائع. ولو صالح على دراهم، لاعتبر أيضاً كونها أقلّ من صرف دينار فيجوز، أو أكثر من صرف دينار فيمنع عند **ابن القاسم** لأنّ المشتري يكون قد باع العبد ودراهم معه بالمائة دينار التّي يستردّها من البائع وذلك بيع وصرف. ولو زاد المشتري دنانير، لم يجز ذلك، لأنّه يكون قد باع عبداً ودنانير بدنانير يأخذها من البائع.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: أو دراهم.

ولو كان الثّمن لم ينقده المشتري فصالح على دنانير يدفعها للبائع، لجاز ذلك. ويكون قد دفع العبد عن بعض الثّمن، والدّنانير التّي دفعها هي بقيّة المائة التّي كانت عليه.

ولو صالح على عرض مؤجّل، لمنعْ ذلك، لأنّ المشتري يكون قد دفع ذلك في بعض الثّمن، وبقيّة الثّمن فسخه البائع في عرض إلى أجل، وفسخ الدّين في الدّين لا يجوز.

هذا حكم فروع هذا النّوع من الصّلح على العيب. وقد ذكر **أصبغ** فروع هذا الباب ثمّ أتبعها بأن قال: وهذا في عيب ثابت لا خصومة فيه ولا يمترى هل يلزم الرّدّ به أم لا؟ وأمّا لو كان ممّا فيه امتراء، لكان ذلك كالصّلح عن العبد وهو قائم، فيجري فيما يحلّ منه. ويجري مجرى الصّلح عن مبيع قائم.

واستبعد الشّيخ **أبو إسحاق** هذا القول ورأى أنّه إذا قدّر الصّلح كمبايعة ثانية، لم يلتفت إلى العيب، هل هو ممّا يتمارى فيه أو لا يتمارى؟

ونبّهنا نحن ها هنا على اختلاف طريقة **ابن القاسم** و **أشهب** في هذه الفروع، وأحد ما ذكرناه من التفريع كون البائع يصالح على تسعين ديناراً ويؤخّر عشرة إلى أجل. وقلنا: إن **ابن القاسم** أصله إجازة هذا لكونه يرى الصّلح مستأنف. وأصل **أشهب** منعه لكون العقد الأوّل لم ينحلّ فيكون هذا كسلف جرّ منفعة. فيمكن أيضاً أن يقال: فإنّ **ابن القاسم** إنّما يصحّ على أصله هذا التّفريع إذا كان العيب ثابتاً. وأمّا إذا لم يثبت فيحتاط للمنع من سلف جرّ منفعة. ويقدّر أنّ العقد الأوّل لم ينحلّ، لكون العيب لم يثبت.

إلى غير ذلك من الفروع التّي يمكن إجراء قول أصبغ فيها.

فإذا تقرّر أحكام الصّلح على العيب والمبيع لم يفت بل يجب ردّه إذا ثبت العيب، فإنّ العبد لو مات لكان الحكم فيه ردّ قيمة العيب إذا طلب ذلك المشتري وثبت العيب. فلو تصالحا أيضاً على هذا العيب بعد فوات العبد، فإنّ الأصل فيه أن ينظر إلى القيمة الواجبة في عيب العبد، فيجعل ما يدفعه البائع

عوضاً عن/ ذلك. فإن سلمت المعاوضة من الفساد أجزتها، وإن لم تسلم منه منعتها.

فمن وجوه الفساد فيها الصّلح عن هذا العيب قبل أن تعرف قيمته. فقد منع في المدوّنة أن يصالح على ذلك إلاّ بعد المعرفة بقيمة العيب، على مقتضى ظاهر كلامه، وساوى بين كون الصّلح يقع في هذا بدنانير أو دراهم أو عروض.

وذكر أصبغ أنّ بعض أهل العلم أجاز ذلك قبل المعرفة بقيمة العيب.

وفي الموّازيّة جواز الصّلح عن ذلك بدراهم وإن لم يعرف قيمة العيب والثمن دنانير.

ومقتضى هذا، فيما أشار إليه بعض الأشياخ، جواز ذلك في جميع الأنواع التّي يصالح بها على الجملة، كما حكاه أصبغ عن بعض أهل العلم.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ الصّلح عن هذا العيب على دنانير من سكّة الثّمن ينبغي ألاّ يمنع إذا علم على الجملة أنّه دون ما يجب للمشتري من قيمة العيب أو أكثر. وإنّما يمنع إذا شكّ في مقدار ما وقع به الصّلح، هل هو مقدار الواجب، أو تحاكما[1] في قيمة العيب، أم لا؟

وقد قال أصبغ: لو كان المشتري لم ينقد الثّمن ومات العبد، فإنّه يجوز التّراضي على حطيطة بعض الثّمن بحسب ما يتّفقان عليه قبل أن يعرفا قيمة العيب. وهذا لا يتّضح فرق بينه وبين المنع كذلك إذا انتقد. لأنّ الأمر في كلا الوجهين يقتضي أخذ معلوم عن مجهول. لكن يمكن أن يكون أصبغ أشار إلى كون هذا الّذي يطرح من الثّمن يعلم على الجملة أنّه أكثر من قيمة العيب أو أقلّ، فيكون النّقص البيّن والزّيادة البيّنة هبة لا معاوضة عن أمر مجهول مقداره.

وكذلك لو كان الصّلح على دراهم، إذا قلنا: إنّ الدّراهم والدّنانير ممّا تختلف الأغراض فيهما كما تختلف الأغراض بين الدّنانير والعروض.

---

(1) هكذا في النسختين، وفيه غموض.

ولو وقع الصّلح ها هنا على عرض يُنقد بعد المعرفة بقيمة العيب، لجاز ذلك. ولو كان يؤجّل، لمنع ذلك، لكونه فسخ دين، وهو قيمة العيب التّي هي دنانير، في عرض إلى أجل.

وكذلك لو وقع الصّلح على دنانير مؤخّرة، لمنع من ذلك أيضاً إذا كانت أكثر من قيمة العيب. لأنّه يكون المشتري إنّما أخّر البائع بما يجب له أن يستردّ منه من قيمة العيب لأجل ما زاده على القيمة، وهذا سلف بزيادة.

وقد أشار بعض المتأخّرين/ إلى إلزام من قال بجواز الصّلح عن العيب، وقد فات العبد قبل المعرفة بقيمة العيب، أن يجيز هذا لكونه يرى أنّ ما أخذه إنّما هو عوض عن الجزء الّذي بقي عند البائع. فكأنّها معاوضة عن عين ذلك الجزء قبل المعرفة بقيمته، وذلك لا يمنع، كما لا يمنع شراء العبد قبل المعرفة بقيمته.

وهذا أمر لا يفيد، لأنّ المحصول في هذا أنّ الجزء الّذي بقي عند البائع قد أخذ عوضه، وحقُّه ألاّ يأخذه، فوجب للمشتري أن يستردّه منه. ولا يمكن أن يقال: إنّه يشتريه الآن منه بعد أن فات العبد، فلا يتصوّر ها هنا ما تخيّله هذا من كون ما يؤخذ ها هنا من العروض إنّما هو بيع للجزء الّذي بقي عند البائع. لكن قد يقال: إنّ من أجاز الصّلح، قبل المعرفة بقيمة العيب، يرى أنّ قيمة العيب أمر لم يدخلا عليه. والشّرع ردّهما إليه مع كونه مجهولاً، وهي جهالة لا يقدران على/ رفعها حين ابتداء الطّلب، فسومح بالمعاوضة عنها، مع كون الصّلح في هذا لا يقع إلاّ على ما هو أقلّ من القيمة بالمقدار البيّن.

وقد ذكر في **المدوّنة** من فروع هذا الباب مسألة من باع طوقاً ذهباً بألف درهم، ثمّ اطّلع على عيب، فصالح البائعَ عن العيب على ألاّ يردّ الطوق عليه، فإنّه إن صالح على دراهم يأخذها عن البائع من سكّة الثّمن جاز ذلك، ويقدّر لمّا ردّ بعض الثّمن أنّ المبيع وقع بما بقي من الثّمن، لم يردّ. ولو صالح على دراهم من غير سكّة الثّمن لمنع ذلك، لكونه يقدّر فيه أنّ البائع باع طوق ذهب

ودراهم من سكّة بألف درهم من سكة أخرى، وبيع ذهب وفضّة بفضّة لا يجوز.

وأجاز هذا **أشهب**. واعتلّ بأنّ الصّلح على أن لا يردّ الطوق بالعيب على حسب ما قدّمنا بيانه من مذهبه والتّفريع عليه.

ولو صالح البائع على دنانير، لجاز ذلك. ويقدّر أنّ البائع باع طوق ذهب ودنانير بألف درهم، وذلك غير ممنوع.

وأنكر **سحنون** هذا وقال: مسألة سوء. ومنع الصلح على الجملة، ورأى أنّ بائع الطّوق وإن دفع الآن دنانير، فإنّه كصرف تأخّر بعضه. وذلك أنّه دفع الطّوق بالأمس مثلاً، ودفع اليوم دنانير، وأخذ بالأمس عنهما جميعاً ألف درهم. وتأخير بعض الصّرف لا يجوز. وقد أشار بعض الأشياخ إلى هذا الاعتراض فيما قدّمناه من قولنا، في مسألة العبد إذا اطّلع المشتري على عيب وقد اشتراه بمائة دينار فصالح البائع على دراهم يسيرة، فإنّ ذلك جائز، ولا يقدّر فيه أنّ المائة دينار ثمن لعبد/ قبض بالأمس ودراهم قبضت الآن. فصار أيضاً كمصارفة تأخّر بعضها. وقد كنّا قدّمنا في كتاب الصرف في الدّينار إذا وجد زائفاً فصالح دافعه آخذه بشيء دفعه إليه على ألاّ ينقض الصرف فيه. وذكرنا أنّ أحد القولين المنع من ذلك، لأنّ إجازته تقتضي تأخير بعض ما وقع الصّرف عليه.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى تخريج هذه المسألة على هذا. وإليه أشار **سحنون** أيضاً. لكنّ الشّيخ **أبو محمد بن أبي زيد**، رضي الله عنه، أشار إلى افتراق المسألتين بأنّ الطّوق يراد لعينه، والصّرف فيه منعقد لم يبطل بردّه ولا تأخّر بعض الصّرف. وأمّا مسألة الدّينار الزّائف، فإنّ الصّرف لم يقع على دينار بعينه، وإنّما وقع على دينار طيّب. والدّينار الطيّب الّذي عقد الصرف عليه لم يقبض، بل تأخّر قبضه عن العقد، فأخذ الدّينار الرديء وزيادة معه عوضاً عنه تأخير المصارفة، وذلك ممنوع.

وقد كنّا نحن بسطنا القول في هذا في كتاب الصّرف، وذكرنا طريقة بعض

أشياخي في التّفرقة في مسألة الزّائف بين أن يكون الصرف عقد على دنانير معيّنة أو غير معيّنة. وإنّما حذا في هذا حذو الشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد** في هذه المسألة. وأشرنا نحن إلى ما عندنا في ذلك هناك. وأشرنا إلى أنّ أصل **أشهب** الإضراب عن الالتفات إلى هذه الطّرق، وأنّه يرى أنّ الصّلح في هذا على الإنكار ومعاوضة على ألاّ يردّ بالعيب. ولهذا نصّ ها هنا في مسألة الطّوق على جواز الصّلح بسكّة غير سكّة الدّراهم. **وابن القاسم**/ يجيز ذلك إذا كان بسكّة الدّراهم الّتي هي الثّمن، ويمنع إذا كان بخلاف السكّة. **وسحنون** يمنع ذلك في الوجهين، لما أشرنا إليه من كونه يرى ذلك يجري مجرى تأخير بعض الصرف.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال:

إذا صالح بعض الأشراك في أنواع المال بقيّة أشراكه على أخذ نصيبه من أحد أنواع الأموال المشتركة، فإنّه قد ذكر في **المدوّنة**، في مثال هذا، مسألة من توفّى عن زوجة وأولاد، وترك دنانير ودراهم حاضرة، وعروضاً حاضرة وغائبة، وعقاراً. فإنّ المرأة إذا صالحت على أخذ مقدار نصيبها من الدّنانير خاصّة فإنّ ذلك جائز إذا أخذت ذلك من عين الدّنانير التّي تركها الميّت. وإن صالحت على أخذ مقدار نصيبها من الدّنانير، ولكنّها لم تأخذ ذلك من عين الدّنانير التّي تركها الميّت، وإنّما أعطاها ذلك الورثة من أموالهم، فإنّ ذلك لا يجوز. هذا مذهب **ابن القاسم**. وأجاز ذلك **أشهب**.

وقد استبعد المتأخّرون من الأشياخ هذا/ الّذي قاله **أشهب** ورواه أنّه يهدم أصولاً اتّفق عليها **مالك** وأصحابه، وغيرهم من الشّافعية والحنفيّة.

فمن ذلك جواز بيع دينار بدينارينْ، وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الأمصار. وكذلك ألزموهُ أن يجيز بيع عرض وذهب بذهب. وهذا يمنع منه **مالك والشافعي**.

وصوّروا هذا الإلزام من جهة كون المرأة إذا أخذت عشرة دنانير من ثمانين ديناراً من نفس الثّمانين دينارا كانت واهبة لنصيبها في بقيّة أنواع الأموال،

وهو الثّمن من جميع ما عدا الدّنانير، والهبة ممّا يجوز لها أن تفعله. فإذا أخذت العشرة دنانير من مال الورثة، صارت قد أخذت من مالهم عشرة دنانير عوضاً عن العشرة التي تستحقّها من عين الثّمانين ديناراً، التّي ترك الميّت، وعوضاً ممّا تستحقّه من ثمن الدّراهم والعروض والرّباع. وذلك بيع ذهب بذهب وعروض معه، وذلك تفاضل بين الذّهبين لأجل ما أضيف إلى أحدهما.

فإذا أجاز أشهب هذا مع ما فيه من التّفاضل، لكونه يقدّر ما زاد على ما باعته من مقدار حقّها من عين الدّراهم التّي تركها الميّت هبة للورثة فيلزمه على هذا أن يجيز ديناراً بدينارين، ويقدّر أحد الدّينارين هبة منه. وكذلك يقدّر ذلك في بيع عرض وذهب بذهب، لا سيما وقد فتح أشهب باب هذا الالتزام لمّا حاجّ المخزوميّ لمّا أجاز بيع عبد بعبدين، أحدهما نقداً والآخر إلى أجل، فألزمه أشهب أن يجيز ديناراً بدينارين أحدهما نقد والآخر إلى أجل.

وهذا الّذي ألزمه أشهب تعسّف فيه على **المخزوميّ** عندي، لأجل أنّ الدّنانير لا يحلّ التّفاضل فيها بنصّ النبيّ ﷺ على ذلك في الأحاديث الثّابتة، والرّبا في العروض والعبيد يجيزه بعض فقهاء الأمصار، ولو كان في النّساء والتّأخير فشتّان ما بين الأمرين.

كما أنّ الأشياخ أيضاً تعسّفوا في إلزام أشهب ما ألزموه، لأجل أنّ مبايعة دينار بدينارين أو عرض وذهب بذهب ابتداءً لا ينصرف إلاّ إلى المبايعة والمعاوضة التّي مبناها على المكايسة. وفي مسألة المرأة قد ينصرف ما فعلوه إلى القصد إلى التخلّص منها بالإسراع بدفع حظّها إليها من مالهم، لكون ذلك أخفّ وأيسر عليها وعليهم.

وأمّا إذا صالحت على أحد عشر ديناراً من عين الدّنانير التّي/ ترك الميّت، فإنّ ذلك يقدّر فيه أنّ الدّينار الزّائد علي العشرة دفع عوضاً عن/ دراهم وعروض. فيجوز ذلك على المشهور من مذاهب من منع اجتماع الصرف والبيع، لكون هذه المصارفة وقعت مع المبايعة في دينار واحد، وذلك مستخفّ

ليسارته. وإن كان قد وقع في **الموّازيّة** منع ذلك، إلاّ أن يكون نصيبها من الدّراهم الدّرهمين والثّلاثة، بناء منه على أنّ الصّرف والبيع في الدّينار إنّما يجوز إذا كان الصّرف منه هو القليل، على حسب ما بيّناه في كتاب الصّرف. أمّا إن صالحت على أكثر من أحد عشر ديناراً، فإنّه يتّضح في هذا أنّه بيع وصرف. فيجيزه من أجاز البيع والصرف ويمنعه من منع ذلك. وإذا أجزنا اجتماع البيع والصّرف، أو صوّرنا كون هذه التّركة لا دراهم فيها حتّى يرتفع حكم اجتماع البيع والصّرف، فإنّ هذه المصالحة جائزة على الإطلاق عند **ابن القاسم** إذا لم يكن في التّركة دراهم. واشترط **ابن الموّاز** في جواز ذلك أن تكون المرأة أخذت جميع الدّنانير المتروكة ولم يبق منها بقيّة. وقدّر أنّها إذا أبقت منها بقيّة، مثل أن تكون أخذت من الثّمانين عشرين ديناراً، فإنّها إنّما تستحقّ من العشرين التّي أخذتها الثّمُن من كلّ دينار، وسبعة أثمان كلّ دينار إلى الورثة. فاشترت هذه السبعة أثمان منهم بما بقي لها في الستّين ديناراً وهو الثُّمُن من كلّ دينار، والثُّمُن من العروض. فصار محصول هذه المعاوضة بيعها ذهباً وعرضا بذهب وذلك ممنوع.

وابن القاسم لم يشترط هذا لكونه يرى أنّ العشرين التّي أخذت من عين الثّمانين ديناراً عشرة منها هي نصيبها، والعشرة الأخرى هي تمام العشرين باعت سهامها في العروض، وذلك لا مانع يمنع منه. كما لا يمنع أن تأخذ عشرة دنانير من عين الدّنانير، وتترك ما سوى ذلك.

وقد نوقض **ابن الموّاز** بموافقته في ظاهر كلامه على جواز أخذها عشرة دنانير من عين الثّمانين ديناراً، مع كون ما صوّره في العشرين يتصوّر ها هنا، بأن يقال: إنّما تستحقّ من كلّ دينار من العشرة دنانير ثُمُنه وسبعة أثمان كلّ دينار من العشرة للورثة. فاشترت منهم هذه السبعة أثمان بما سلّمت لهم أيضاً من الثُّمُن الّذي يبقى في بقيّة الدّنانير، والثّمن في العروض. وهذا عندي قول لا يلزمه. لأنّ من له شرك في دنانير كثيرة الحكم أن تجمع الأجزاء التّي استحقّها من كلّ دينار في دنانير معدودة تميّز له. فإذا أخذت المرأة عشرة دنانير، فقد

جرى الأمر على الأصل في الحكم بجمع الثُّمن/ [1] من كلّ دينار من الثّمانين ديناراً في عشرة دنانير. فإذا انضاف إلى ذلك مبايعة بالعشرة الثّانية، حسن ها هنا أن نسحب على الكلّ أحكام المبايعة تغليباً لما لا يجوز على ما يجوز. كما يغلب ذلك في صفقة جمعت حلالاً وحراماً، فإنّا نفسخ جميعاً. فإذا لم تأخذ إلاّ عشرة، لم يقع منهم ولا منها ما يدلّ على قصد المبايعة، فوجب ألاّ يمنع من ذلك، لا سيما إذا قلنا بأنّ الأصل جمع الأجزاء في دينار واحد، كما قلنا، في المشهور من المذهب، فيمن وجد درهماً زائفاً وقد صرف دنانير، فإنّه إنّما ينتقض صرف دينار/ واحد. لأنّه، وإن كان هذا الدّرهم يقابله جزء من كلّ دينار، فإنّ هذه الأجزاء تجمع في دينار واحد، فيقع الفسخ فيه. ولهذا لم يشترط **ابن القاسم** ما اشترطه **ابن الموّاز**. ولعلّ **ابن الموّاز** لحظ، فيما قال، أحد القولين في أنّ الصّرف كلّه ينتقض بناء على أنّ أجزاء الدّنانير لا تجمع في دينار واحد، لا سيما إذا قلنا: إنّ القسمة تمييز حقّ، فإنّ المرأة إذا أخذت عشرة دنانير من عين الثّمانين ديناراً فإنّها لم يقع منها مبايعة أصلاً على حال على هذه الطريقة من كون التسْميَة[2] تمييز حقّ.

وعلى الطّريقة الأخرى أنّها بيع من البيوع قد ينظر فيما نوقض به **ابن الموّاز** على أنّ ما زاد على العشرة دنانير مبايعة قد اتّفق على كونها معاوضة، والعشرة دنانير مختلف فيها، هل هي تمييز حقّ أو مبايعة. وما اختلف فيه أضعف ها هنا ممّا اتّفق عليه.

ولو كان في التّركة شيء غائب فصالحها الورثة على دنانير يدفعونها إليها من مالهم، فإنّ ذلك لا يجوز، من أجل كون ما بيع مع الدّراهم والدّنانير لا يجوز فيه التّأخير.

وأمّا إن وقع الصّلح على عرض، فإنّ الحكم في ذلك يؤخذ ممّا قدّمناه في أحكام بيع الغائب. فينظر في الّذي غاب، فإن كان قريب الغيبة بحيث يجوز

(1) صفحة 515 من نسخة المدينة غير موجودة. وكرّرت عوضها ص 516.
(2) هكذا في النسختين والأولى: كون القسمة.

اشتراط النّقد فيه، ويكون ضمانه من مشتريه، فإنّه يحكم فيه بحكم التّركة كلّها حاضرة. وأمّا إن كان بعيد الغيبة، والغائب من التّركة هو أكثرها، فإنّ هذا العرض الّذي وقع به الصّلح يوقف جميعه حتّى يصير الغائب في حكم المقبوض. فأمّا وقف ما قابل الغائب منه، فإنّ ذلك يتّضح، لكون الغائب البعيد الغيبة لا يجوز شرط النّقد فيه، على ما تقدّم بيانه في كتاب بيع الغائب، وأمّا ما ينوب من التّركة فإنّه يمنع أيضاً من اشتراط نقده لجواز أن يهلك ما غاب من التّركة، وهو جلّها، فيقتضي ذلك حلّ العقد في الأقل، لكون استحقاق جلّ الصفقة يمنع من/ إلزام المشتري أقلّها. وأمّا إن كان ما غاب من التّركة هو الأقلّ منها، فإنّ الّذي ينوب الحاضر منها من العروض الّذي دفع للمرأة يستحقّ قبضه. ويختلف فيما ينوب من هذا العرض الأقلّ الّذي غاب من التّركة. فمن ذهب إلى أنّه إذا استحقّ الأقلّ من الصّفقة، لم يرجع في عين العرض الّذي اشترته به، وإنّما يرجع في قيمته، جاز نقد جميع العرض، ولم يصحّ ها هنا اشتراط وقف هذا المقدار من العرض الّذي يقابل الأقلّ الّذي غاب، لأنّ العرض المعيّن إذا عُقِد البيع به، وتسليمه لمشتريه يجوز ولا يمنع منه الشّرع، فإنّ اشتراط إيقافه أجلاً بعيداً لا يجوز. وإنّما يصحّ البيع للسلع الغائبة بعروض حاضرة يجب وقفها، لأجل أنّ المتعاقدين لا يجوز لهما اشتراط النّقد، فصار كالمغلوبين شرعاً على التّأجيل فيه.

ولو كان في التّركة ديون ومن عليه الدّيون حاضر مقرّ، فإنّه يجوز للورثة أن يدفعوا للمرأة قدر ميراثها من الدّيون، سلفاً منهم لها، ليرجعوا بذلك عليها إذا تعذّر عليهم القبض من الغرماء. وأمّا إن دفعوا ذلك إليها على جهة الحوَالة منها لهم، فإنّ **ابن القاسم** يمنع من ذلك، لكونه يرى الحوالة بيعاً، فيحصل من ذلك بيع دين بدين. **وأشهب وسحنون** يجيزان الحوَالة في هذا إذا لم يقصد دافع/ الدّنانير منفعة نفسه.

ولو كانت الدّيون طعاماً من قرض أو من بيع، لجرى الأمر فيها مجرى ما ذكرناه من الدّيون إذا كانت دنانير.

وأمّا لو كانت الدّيون طعاماً من سلم، لم يجز للورثة فيه دفع شيء من الأعواض عنه إلاّ أن يكون ذلك على جهة التّولية.

وهذا كلّه تعرف أحكامه من مواضعه التّي سلف ذكرها فيما تقدّم من كتاب البيوع.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

ذكر في **المدوّنة** فيمن ادّعى على رجل بمائة درهم فأنكرها المدّعى عليه، ثمّ صالح المدّعي على خمسين درهماً منها إلى أجل، أنّ ذلك جائز. **وفي الموّازيّة** أنّ ذلك لا يجوز.

وقد اشترط **مالك** في **المدوّنة** في جواز هذا التأجيل كون المدعى عليه مقرّاً. وهذا قد يشير إلى أنّه يمنعه إذا كان منكراً.

وسبب هذا الاختلاف ما كنّا قدّمناه في صدر هذا الكتاب من الالتفات إلى مقتضى الصّلح على قول المدّعي والمدّعى عليه. وقد علم أنّ الصّلح إذا كان لا فساد فيه على قول المدّعي والمدّعى عليه، فإنّه لا وجه للمنع منه. وهذا يتصوّر في الصّلح على الإقرار وفي بعض مسائل الصّلح/ على الإنكار.

وإن كان لا يجوز على مقتضى قول المدّعي والمدّعى عليه، فإنّهما يمنعان منه، وإن وقع ذلك، فسخ عليهما. مثل أن يدّعي رجل أنّ له عنده عشرة أرادب قمحاً سلماً. ويقول الآخر: بل هي تمر. فيصطلحان على عشرة أرادب من شعير أو فول مؤجّلة، فإنّ ذلك صلح فاسد على قول المدعي أنه أسلف في قمح، لكونه باع طعاماً قبل قبضه وفسخ ديناً في دين، وهو أيضاً فاسد على قول المدّعى عليه، لأنّه أعطى في تمر حالّ عليه شعيراً إلى أجل. فقد فسخ الدين في الدّين أيضاً. فهذا لا يجوز ويفسخ عليهما.

ولا يسلّم فيه كون **أصبغ** يجيزه لمّا قال: إنّ الصّلح على الحرام لا يفسخ، كما تقدّم ذكرنا ذلك عنه وذكر ما احتجّ به. لأنّه قد يريد صلحاً حراماً على

مقتضى قول أحد الخصمين. مثل أن يدّعي بعشرة أرادب قمحاً فينكرها، ثمّ يصالحه على عروض إلى أجل، فإنّ ذلك على قول المدّعى عليه لا حرج فيه، لأنّه يزعم أنّ دعوى المدّعي باطلة، وإنّما التزم عروضاً إلى أجل وقاية من شرّ المدّعي وطلبه له بطلب اليمين. وذلك على قول المدّعي لا يجوز، لأنّه يعتقد أنّ الّذي له في ذمّة المدّعى عليه دراهم أو طعاماً ففسخه في عرض أو في طعام إلى أجل. فها هنا يمكن أن يقول **أصبغ**: إنّ هذا لا يفسخ لكونه لا حرج فيه على المدّعى عليه.

ورأى بعض الأشياخ إصلاح هذا الفساد بعد إمضاء الصّلح، بأن يأمر ببيع العروض إذا قبضت لمّا حلّ أجلها، فإذا صارت ثمناً اشترى من ذلك الثّمن ما ادّعاه المدعي، فإن قصر عنه كان جائحة عليه، وإن أربى على ما ادعاه ردّ ما فضل من الثمن للمدّعى عليه، لكون المدّعي يقرّ أنّه قد وصل إليه جميع ما ادّعاه فلا حقّ له في الفضلة. وهذا الّذي قاله احتياط لحقّ الله، سبحانه، في المنع من الوقوع في الحرام الّذي نهى عنه، مع التلطّف في وصول المخلوق إلى حقّه. وهذا لم يشترطه **أصبغ** في إمضاء الصّلح على الحرام. ولعلّه منعه من سلوك هذه الطّريقة أنّ فيها ظلماً على المدّعي. لأنّه يقول: مقتضى هذا الرّأي أن يحال بيني وبين هذه العروض قبل أجلها، لكونكم شرطتم تأخيرها إلى الأجل لتباع، وأنا لم أرض بإسقاط/ اليمين إلاّ على تملك هذا الّذي صالحته عليه تملّكاً لا حجر فيه عليّ، ولا يلزمني ركوب المشقّة في بيعه واقتضاء ثمنه. فإن روعي حقّ الله، سبحانه، فينبغي أن يراعَى حقّي في ألاّ ألتزم خلاف ما دخلت عليه. فيقتضي هذا فسخ هذا الصّلح كما قاله بعض أصحاب **مالك**.

فإذا تقرّرت هذه الأقسام، فالمسألة التّي ذكرناها عن/ **المدوّنة** وجّه الأشياخ مذهب من منع من الصّلح على تأجيل بعض الدّراهم المدّعى فيها لكون ذلك يقتضي سلفاً جرّ منفعة. ووجه المنفعة في هذا كون المدّعى عليه قد يحلف فيبرأ، وقد يردّ اليمين على المدّعي، فيكره اليمين، فيُسقِط ما كره من ذلك بتأجيل ما يقول: إنّه دين حال. ويصير التّأجيل سلفاً منه. والمنفعة التّي

ينالها من هذا السلف ألاّ يردّ المدّعى عليه اليمين.

وكذلك لو قام للمدّعي شاهد، فصالح على إسقاط اليمين فيه بالتّأجيل، فإنّ ذلك لا يجوز على هذا التّعليل. والمنفعة ها هنا في إسقاط يمين وجبت عليه أوْضح منها فيما يترقّبه من ردّ يمين عليه. وكلاهما ممنوع على هذا المذهب.

وأمّا القول الآخر بإجازة هذا التّأجيل، فإنّه يرى أنّ اليمين ليست بمال، وإنّما هي تعبّد من الله سبحانه والمطلوب بها يعتقد أنّه مظلوم، والطّالب يقول: إنّي غلبت على تأجيل بعض حقّي. فلا وجه للمنع.

ولو صالح عن هذه الدّراهم المدّعى فيها بعروض إلى أجل، لاتّضح الفساد على قول المدّعي، لكونه فسخ ديناً في دين على مقتضى دعواه، فلا يحلّ له ذلك. بخلاف تحصيل إسقاط يمين عنه، يعتقد أنّه مظلوم فيها إن طلب بها.

وقد وقع **لابن القاسم** فيمن ادّعى على رجل بمائة درهم فأنكرها، ثمّ قال المدّعى عليه للمدّعي: أجلني بخمسين منها وأنا أقرّ لك بدينك: إن ذلك لا يجوز. ولكنّه إن وقع لم يطلب المدّعى عليه بهذا الإقرار، لكونه يشترط من التزامه التّأجيل بالخمسين درهماً. فإذا لم يصحّ له التّأجيل، بطل عنه الإقرار وعاد إلى الخصام. وهذه إشارة إلى ما قدّمناه الآن في القدح فيما قاله بعض الأشياخ من بيع ما وقع الصلح عليه على وجه فاسد.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

إذا كان شريكان في دين على إنسان، فاقتضى أحدهما جميع حقّه من الدّين، أو بعضه، أو صالح عليه، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون وقع ذلك منه بإذن شريكه ورضاء من أباح له أن ينفرد له بذلك دونه، أو وقع ذلك بغير رضى شريكه ولا إذنه. وهذا أيضاً على قسمين: أحدهما أن يكون ذلك بعد أن أذن له القاضي لمّا رفع ذلك إليه، وأعذر إلى شريكه في الاقتضاء معه، فامتنع عليه، أو اقتصر هذا المقتضى لحقّه على إعلام شريكه والإشهاد عليه بذلك، فلم

يخرج معه للاقتضاء. فأمّا إذا كان أعلم شريكه بذلك وأذن له في الاقتضاء/ دونه ورضي له بأن ينفرد بما اقتضاه من حقّه، فإنّ ذلك يمنع هذا الشّريك الّذي لم يقتض من الدّخول على شريكه فيما اقتضاه ومشاركته فيه، ولو افتقر الغريم أو فلس. لأنّ ذلك إذا كان عن إذن الشّريك كالمقاسمة بين هذين الشّريكين. والحقّ الشّائع إذا تقاسم فيه الشّريكان وتميّز لكلّ واحد منهما نصيبه، [تصرّف يه كيف شاء، ولم][1] يكن لشريكه حقّ في التّحجير عليه، أو مشاركته في التّصرّف./ فكذلك الدّين ها هنا إذا أذن الشّريك لشريكه في الاقتضاء دونه، يقدّر ذلك كأنّ ذمّة الغريم كانت شائعة بينهما، فليس لأحدهما أن ينفرد بأمر متميّز فيما حقّهما فيه على الشّياع، إلاّ أن يقتسماه. والإذن ها هنا كالاقتسام كما بيّناه.

وكذلك إذا لم يأذن الشّريك لمّا أعلمه شريكه واستأذنه، فرفع إلى السلطان، فقضى السلطان بالإذن في الاقتضاء لهذا الذي رفع إليه لما أَلَدَّ شريكه وامتنع عليه، فإنّ ذلك كحكم القاضي بالمقاسمة أيضاً.

وإن اقتصر على إعلام شريكه، ولم يساعده على الخروج معه للاقتضاء، وأشهد عليه بذلك، فظاهر **المدوّنة** أنّ ذلك كالمقاسمة أيضاً. وينفرد هذا المقتضي بما اقتضاه ولا يدخل فيه معه شريكه.

لكن أشار بعض الحذّاق من الأشياخ إلى حمل هذه الرّواية على أنّه أراد بقوله: فلم يساعده على أن يخرج معه. أنّه رضي له بأن ينفرد بالاقتضاء. وهذا التأويل لا يشكّ في صحّة الجواب إذا كان هو المراد بالرّواية.

وقد وقع **لابن القاسم** في هذا أنّه إذا استأذنه وأشهد عليه، فلم يخرج، أنّه رضى منه بأن ينفرد بالاقتضاء. وأنّه أيضاً لو رفع الأمر إلى السلطان، لأذن له في الانفراد بالاقتضاء.

وهذا الّذي قاله من تقرير امتناعه من الخروج مع شريكه رضى منه بأن ينفرد شريكه بالاقتضاء شهادة بمقتضى عادة. وقد لا تسلم هذه الشّهادة بالعادة.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: وتصرف به كيف شاء، لم يكن.

ويمكن أن يلدّ عن الخروج اعتقاداً منه أنّه يدخل معه فيما اقتضى. ولهذا تأوّل من ذكرنا من المتأخّرين ما وقع في **المدوّنة** على أنّ الشّريك الّذي استؤذن رضي بأن ينفرد هذا بالاقتضاء. وأشار إلى ثبوت ذلك ووقع منه نطقاً أو مفهوماً.

لكن أشار **ابن القاسم** في هذه الرّواية إلى تعليل آخر، وهو كون هذا الشّريك لو رفع الأمر إلى القاضي، ما فعل القاضي أكثر ممّا فعله هذا المقتضي لحقّه. وأجرى فعله مجرى فعل القاضي. وقد وقع في المذهب فروع تنبّه على الاختلاف فيمن فعل فعلاً لو/ رفع للقاضي، لم يفعل سواه، هل يحمل فعله محمل فعل القاضي أم لا؟ وهذا الّذي نحنُ فيه منه.

وأمّا إن اقتضى دون أن يُعلم شريكه ويُعذر إليه في الخروج بالاقتضاء، فإنّ المعروف من المذهب أنّ شريكه يدخل معه فيما اقتضاه. وهذا لما قدّمناه من كون الدّيون التي في الذّمّة حقّ كلّ واحد منها غير متميّز في الذّمّة من حقّ صاحبه، كعرض مشترك بينهما متى تصرف فيه أحدهما بشيء كان لصاحبه أن يجيز فعله ويشاركه في التّصرّف الّذي تصرّف فيه.

لكن حاول بعض المتأخّرين أن يجعل في هذا قولاً آخر، وجعل المذهب على قولين. وخرّج هذا من مسألتين. إحداهما ما ذكر في **المدوّنة**، فيمن قتل رجلاً عمدا وله وليّان، فصالح أحدهما من حقّه في الدّم على عبد، فإنّه قال: يدخل الوليّ الآخر معه في هذا. قال: وقال غيره: لا يدخل معه. فأشار إلى أنّ قول الغير: لا يدخل معه. يقتضي ألاّ يدخل معه في سائر الدّيون الّتي اشتركا فيها إذا انفرد أحدهما باقتضاء شيء منها في نصيبه.

وهذا التّخريج قد يقدح فيه بأنّ دم العمد ليس بمال، لا سيما على أحد القولين في أنّ أولياء القتيل ليس لهم إجبار القاتل على أداء الدّيّة. وإنّما تؤخذ الدّيّة بالتّراضي من القاتل وأولياء القتيل، والدّم الّذي تعلّق حقّهم به ليس بمال/ ولا يقدرون على تصييره مالاً إلاّ برضا القاتل. ولا يشبه الأموال المحقّقة التّي في الذّمم، وهي مشتركة بين شريكين، يكون من حقّ أحدهما أن يمنع الآخر من عيب هذه الذّمّة ووهنها وتعريضها للفقر بما يقتضي منها مّما هو مشترك بينهما.

والدّية لا يصحّ فيها هذا التقدير، إذ لا يملك الأولياء أخذ الدّية بغير رضى القاتل. فإنّهم لا يتعيّن ملكهم له دون ما سواه، بل هم مخيّرون بين أخذ الدّية أو القتل. وإنّما هم قادرون على أن يملكوا هذا المال الّذي هو الدّية. ومن قدر أن يملك مالاً فلا يعدّ مالكاً، على إحدى الطّريقتين عندنا.

لكن إنّما يقوّي هذا التّخريج عند من خرّجه كون ابن القاسم لا يرى الدّية تؤخذ إذا أبى منها القاتل. مع كون هذا الّذي ذهب إليه يبعد كون العبد إنّما أخذ عن مال. ثمّ مع هذا قال: إنّ أحد الوليّين يدخل مع الآخر في هذا العبد. فدلّ ذلك على أنّ هذا الّذي أشرنا إليه من القدح في هذا التّخريج لا يلتفت عنده إليه. وقد أغلى الشّيخ **أبو إسحاق** في صحّة هذا التّخريج بأنّ/ العافي عن الدّم أفسد الدّم على أخيه، وأخذ عوض هذا الإفساد مالاً أَوْهَنَ به الذّمّة. وأنكر احتجاج من قال في **المدوّنة** أنّه لا يدخل أحد الوليين على الآخر فيما صالح به عن العفو عن الدّم. كما لا يدخل أحد الشّريكين على شريكه في عبد باع نصيبه منه، لكون الشّريكين في العبد لم يدخل أحدهما على الآخر شيئاً، ولا أخلى ذمّة مشتركة. بخلاف صلح أحد الوليّين الّذي أفسد بصلحه المال وأوهن الذّمّة. وقد ذكرنا ما يمكن أن يقال في منع هذا التّخريج. لا سيما **وأشهب** يجيز العفو عن دم العمد، وإن وقع في المرض على ما سنبيّنه فيما بعد.

وأمّا المسألة الثّانية فهي ما ذكر في كتاب السلم في **المدوّنة** في رجلين أسلما إلى رجل في طعام فأقاله أحدهما من نصيبه، فإنّه أجاز ذلك. قال: ولا حجّة لشريكه عليه في ذلك. فنفى ها هنا دخول الشّريك على شريكه في الدّيون المشتركة. لأنّهما قد استحقّا جميع هذا الطّعام في ذمّة الغريم. فأخذ أحدهما عوضه وهو رأس ماله فيه. وذلك أيضاً ممّا يوهن الذّمّة ويضعفها. ثمّ مع هذا لم يجعل لشريكه مشاركة فيما أخذ. والمذهب فيمن أخذ عين حقّه في الدّين أو أخذ عوضاً عنه، فإنّ لشريكه مشاركته في ذلك إذا لم يستأذنه. ولهذا أنكر **سحنون** هذه المسألة.

وقد أكثر الأشياخ الكلام على هذه المسألة. فمنهم من ذهب إلى أن لا اعتذار عمّا وقع في هذه المسألة وقدّرها قولاً آخر في أنّ الشّريك لا يدخل على شريكه جواباً عامّاً في مسائل هذا الباب. ومنهم من منع تخريج الخلاف في هذا الأصل من هذه المسألة، واعتذر عنها بأنّ إثبات دخول الشّريك على شريكه في هذه الإقالة يؤدّي إلى فسادها. وإذا أدّى ذلك لفسادها، بطلت في نفسها. وبطلانها يمنع من ثبوت حقّ الشّريك فيها. إذ من شرط ثبوته له أن تكون الإقالة ثابتة في نفسها. واختلفت إشارة هؤلاء إلى طريق الفساد بدخول الشّريك على شريكه ها هنا. فمنهم من أضاف ذلك إلى أنّها إقالة فيها خيار للشّريك الّذي لم يقل، هل يمضيها على ما هي عليه، أو يردّ ما تعلّق له من حقّ برده فيها؟ وإثبات الخيار في/ مثل هذه الإقالة يفسدها. ومنهم من أشار إلى أنّ الّذي أقال إذا شاركه فيها[1] أخذ صاحبه الّذي أسلم معه، صارت إقالته من بعض ما يستحقّه من السلم، والإقالة من بعض ما يستحقّه من السلم لا تجوز. لا سيما إذا قلنا ها هنا: إنّه يرجع شريكاً لصاحبه الّذي/ لم يقل فيما في ذمّة الغريم الّذي عليه السلم.

ومنهم من اعتذر عن هذه المسألة من طريقة أخرى، ورأى أنّ الّذي عليه الطّعام إذا أقاله أحد الشّريكين، فإنّه يحلّ محلّ الشّريك الّذي أقاله في الطّعام الّذي هو سلم في ذمته. فيصير ذلك كتولية الشّريك لرجل بقدْر رأس ماله في هذا الطّعام، وذلك غير ممنوع. ولا موجب لدخول شريكه عليه فيما أخذه في التّولية. ولا تقدّر هذه الإقالة كبيع لنصيبه من الدّين وصلح عنه فيجب دخول شريكه عليه، لأنّ بيع الطّعام قبل قبضه ممنوع.

إلى غير ذلك من الاعتذارات التّي ذكروها ونقلناها نحن عنهم فيما أمليناه في السلم الثّاني. وذكرنا هناك الّذي عندنا نحن في هذه المسألة.

فإذا وضح هذا ووجب مشاركة الشّريك لشريكه فيما اقتضاه من الدّين،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

فإنّا نذكر ها هنا صفة الدّين الّتي تجب المشاركة فيه.

فالدّيون الّتي بين الشّريكين لا يخلو من أن تكون ثمن سلعة اشتركا فيها ثمّ باعاها بثمن معلوم؛ أو مال اشتركا فيه ثمّ أقرضاه لرجل. أو يكون ذلك ثمناً لمال لم يشتركا فيه، كسلعتين ينفرد كلّ واحد منهما بملكها، ثمّ يجمعانهما في البيع من رجل صفقة واحدة، على القول بجواز جمع السلعتين في البيع، وهما ملك لرجلين. ثمّ لا يخلو كلّ قسم من هذه الأقسام من أن يكتب الرّجلان بينهما هذا على من هو عليه في كتاب واحد، أو يكتباه في كتابين، أو لا يكتبانه أصلاً.

فأمّا إذا كان الدّين ثمنَ سلعة اشتركا فيها، وكتبا ثمنها على المشتري في صحيفة واحدة، أو كانت بينهما دنانيرهما فيها شريكان، فأقرضاها لرجل واحد وكتباها عليه في كتاب واحد، فإنّ هذا هو الّذي فرغنا من حكاية المذهب فيه، وأخبرنا أنّ المنصوص في المذهب إيجاب دخول أحد الشّريكين على الآخر إذا اختار ذلك. والقول المخرج في هذا من أنّه لا يدخل عليه. وقد حكيناه أيضاً. ووجه هذا أنّ المال إذا كان مشتركاً وعاملا فيه رجلاً واحداً وهما على الشّركة فيه، وأكّدا ذلك بأن كتباه في كتاب واحد، فإنّ ذلك يقتضي استحقاق ذمّة لهما على المساواة والشّياع فيها، فليس لأحدهما أن ينفرد بما يضرّ شريكه فيما اشتركا فيه بما يوهن ذمّة الغريم ويخلّيها من مقدار ما قبضه، فتقلّ الثّقة بمعاملته فيلحق شريكه ضررٌ في هذا الّذي اشتركا فيه، فيكون من حقّه أن يرفع الضّرر عن نفسه بالمشاركة فيما أخذه الشّريك لنفسه حتّى يكونا قد استويا فيما/ خلت الذّمّة منه وما بقي فيها، كما كانا مستويين في هذه المعاملة.

وإن كانت هذه السلعة المشتركة باعاها جميعاً ولم يكتبا على الغريم كتاباً بثمنها. فالجواب أيضاً ما ذكرناه من حكم الاشتراك في الذّمّة، واعتبارُ رفع الضّرر عن أحدهما ثابتٌ.

وإن كتبا ثمنها في كتابين ينفرد كلّ/ واحد منهما بكتابه، فإنّه لا يدخل أحدهما على الآخر، لكون هذا الانفراد بالكتاب كالمفاصلة في الشّركة،

والمقاسمة لما على الغريم. وقد قدّمنا أنّ الدّين إذا اقتسماه، انفرد كلّ واحد بما اقتضاه.

وكذلك حكم هذا الدّين إذا كان من قرض لمال اشتركا فيه، وكتباه في كتاب أو كتابين أو لم يكتباه، الحكم في هذه الأقسام كما قدّمناه في[1] إذا كان الدّين من بيع سلعة مشتركة.

وأمّا إذا كان الدّين ثمن سلعتين ينفرد كلّ واحد منهما بملك سلعته، فباعاهما جميعاً على القول بجواز ذلك، وكتبا ثمنهما في كتابين، فإنّه لا يدخل أحدهما على الآخر فيما اقتضاه، لكونه لا شركة بينهما في ثمن ولا مثمون. وأمّا إن كتبا ذلك في كتاب واحد، فإنّ الشّيخ **أبا محمّد بن أبي زيد**، رحمه الله اعتبر حال المثمون ولم يوجب لأحدهما الدّخول على الآخر لمّا كانا غير شريكين فيما باعاه. واعتبر بعض المتأخّرين الثّمن، وقدّر أنّه لمّا كتباه في كتاب واحد، صار ذلك كشركة فيه، وإذا ثبتت الشّركة فيه، وجب دخول أحدهما على الآخر فيما اقتضاه. ولا بعد في أن يوجب الكتاب الواحد الجمع فيما كان أصله مفترقاً، كمسألتنا هذه. كما لم يبعد كون افتراق الكتابين يوجب التّفرقة فيما كان أصله مشتركاً. فإذا لم يبعد هذا، لم يبعد في عكسه.

فإذا تقرّر هذا، فإنّه إذا أوجبنا لأحدهما مشاركة صاحبه فيما اقتضاه منه فإنّ المذهب على قولين مذكورين في **المدوّنة** هل يكلّف المشارك لشريكه فيما اقتضاه أن يقتضي جميع دينه، ثمّ يردّ منه على الشّريك المقتضى أوّلاً المقدار الّذي اقتضاه وأعطاه إيّاه حتّى يعتدلا في مشقّة الاقتضاء، كما اعتدلا في المساواة في هذا المال؟ أو لا يكلّف ذلك، بل يقتضيان جميعاً ما بقي في الذّمّة ويشتركان فيه أيضاً؟ وكأنّ من ذهب إلى هذا قدّر أنّ ما في الذّمّة من عين هما فيه شريكان، وهو كعرض تعدّى أحدهما فأخذ بعضه، فإنّ للآخر أن يجيز فعله وينفرد بحقّه الّذي كان في الذّمّة، ويقتضي جميعه لنفسه. أو يشارك المقتضي

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى إسقاط (في).

فيما اقتضاه بحكم تعدّيه في الاقتضاء، ثمّ يرجعان/ جميعاً مشتركين فيما على الشّريك، لكونه إذا أجاز فعل الشريك اقتضى ذلك أن يجيزه على حسب ما يتضمّنه حتّى كأنّه وكّله على الاقتضاء لنفسه، وله[1] على أن يبقي ما في الذّمّة على حكم الشّركة.

وإذا دخل الشّريك على شريكه فيما اقتضاه، فإنّه يدخل عليه بنسبة ما كان له معه. فإن كان الدّين بينهما نصفين شاطره فيما اقتضاه وأخذ نصفه. وإن كان على الثّلث والثّلثين، قسم ما اقتضاه أحدهما على هذه النّسبة أيضاً.

لكن لو كان الدّين بينهما نصفين وهو مائة دينار مثلاً فاقتضى أحدهما من نصيبه عشرة، وهضم عن الغريم أربعين ديناراً، فإنّ في **المدوّنة** قولين: هل يقتسمان هذه العشرة على حسب ما كانت المشاركة في الدّين في أصل المعاملة. ويقدّر أنّ الهضيمة كأنّها حدثت بعد استحقاق المشاطرة في العشرة حين الاقتضاء. أو يقدّر كأنّ الهضيمة لمّا قارنت الاقتضاء كالنسبة له، وكأنّه لم يكن للّذي هضم من حقّه أربعين ديناراً سوى عشرة دنانير في الأصل، ولشريكه خمسون ينارا/ ، فيقتسمان ما اقتُضِي على النّسبة في هذه المشاركة، فيأخذ الّذي لم يقتض من هذه العشرة الّتي اقتضيت خمسة أسداسها، لمّا كان له من جملة الدّين الّذي هو ستّون ديناراً خمسون، وهي خمسة أسداس هذه الجملة، فيأخذ من العشرة خمسة أسداسها، وهي ثمانية دنانير وثلث. ويرجع الشّريك الآخر على الغريم بأحد وأربعين ديناراً وثلثي دينار. ثمّ يختلف في اقتضاء الثّمانية وثلث، هل هي على آخذها من شريكه حتّى يردّها إليه؟ أو على الشّريك الّذي أخذت من يديه. ولو اقتضى العشرة ولم يهضم ما بقي من دينه ثمّ بعد ذلك هضمه، لارتفع هذا الخلاف الّذي ذكرناه واقتسما العشرة نصفين، لأنّ حالة الاقتضاء كان حقّهما في الذّمّة متساوياً، وحينئذ تعلّق حقّ الشّريك بالمقاسمة على المساواة. هذا حكم اقتضاء أحد الشّريكين كلّ المال الّذي يستحقّه أو بعضه.

---

(1) هكذا في النسختين والأولى حذف: على.

وأمّا لو باع حقّه من الغريم بعرض يكال أو يوزن أو لا يكال ولا يوزن، والدّين ليس بطعام من سلم حتّى تفرض المسألة في صلح عن الدّين بما يجوز. ولهذا قيّد في **المدوّنة** في هذا السؤال أنّ الصّلح عمّا في الذّمّة ممّا ليس بطعام ولا إدام. لأجل أنّ الطّعام والإدام إذا كانا في الذّمّة، فلا يجوز الصّلح عنهما بعرض. لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه إذا كان ذلك استقرّ/ في الذّمّة من سلم لا من قرض. لأنّ بيع الطّعام القرض يجوز قبل قبضه. فإنّ المذهب في هذا أيضاً على قولين مذكورين في المدوّنة. أحدهما أنّه من حقّ الشّريك الّذي لم يصالح أن يشارك شريكه في العرض الّذي أخذ، فيكون ذلك بينهما لكونه أَوْهَنَ الذّمّة وأضعفها بما أخذه من عرض. فمن حقّ شريكه أن يمنعه من أن يوهن ذمّة مشتركة بينهما ويرفع هذا الضرر عنه. وهو لا يرتفع إلاّ بالمشاركة في العرض الّذي أخذ. لكنّه إذا قبض، هذا الّذي لم يصالح، دينَه، فإنّه يطالبه شريكه، الّذي صالح بالعروض، بقيمة ما أخذ منه وهو نصف العرض. ويعتبر قيمته يوم صالح به الشّريك لا يوم أخذ نصفه منه.

والقول الثّاني: أنّهما إذا اشتركا في العرض عادا مشتركين فيما بقي في ذمّة الغريم من الدّين، فيكون بينهما نصفين، لكون ما في الذّمّة حكمه حكم العرض، وإن كانا عيناً. فإذا صالح عمّا في الذّمّة بعرض، فكأنّه تعدّى على عرض مشترك فباع بعضه بعرض آخر، فإنّ للشّريك الّذي لم يبع أن يمضي فعله في نصيبه خاصّة. ويبقى هو على حقّه في العرض المشترك ويجيز فعله. ويكونان مشتركين في العرضين جميعاً الثّمن والمثمون. وكأن من ذهب إلى القول الآخر قدّر أنّه إنّما يشاركه لرفع الضّرر عنه فيما أوهن به الذّمّة الّتي حقّه باق فيها. ولهذا وجبت المشاركة. فإذا رفع الضّرر عنه بالمشاركة فمتى أمن من هذا الوهن واقتضى جميع حقّه، غرم لشريكه ما أخذ منه، ولو لم يجد عند غريمه إلاّ نصف الحقّ الّذي له عليه، لم يغرم لشريكه عوض جميع ما أخذ منه وهو نصف العرض. ولكنّه يغرم له بمقدار ما أخذ، وقد أخذ نصف حقّه، فارتفع الوهن في نصف الحقّ الّذي قبض، فعليه أن يردّ لشريكه قيمة نصف ما

أخذ منه وهو ربع العرض. ولا يردّ إليه ما قابل الرّبع الآخر من الدّين الّذي عجز عن أدائه الغريم. فهذه الطّريقة/ لا تتضمّن كون الشّريك الّذي لم يصالح يجيز الفعل لشريكه وما يقتضيه فعله ويتضمّنه حتّى يعودا شريكين في الباقي في الذّمّة الّذي هو ثمن لما صالح به. وإنّما يجيز من هذه المبايعة ما أخذ خاصّة دون ما أعطى عوضاً عمّا أخذ. ولا يجري ما أخذه هذا الشّريك من شريكه مجرى القرض لهذا العرض، فإنّ من أقرض ثوباً، فإنّما يردّ مثله. ومن استهلكه تعدّياً أو عن بيع فاسد، فإنّما يغرم قيمته. وهذا/ أوجبته الأحكام، فلا يكون كالعرض الّذي يدخلان فيه باختيارهما جميعاً، ولهذا تلزمه غرامة القيمة ولو كان عين الثّوب الّذي وقع الصّلح به باقياً لم يتغيّر، والقرض له أن يردّه بعينه على من أقرضه له إذا لم يتغيّر.

ومقتضى هذا الّذي أشرنا إليه أنّ الصّلح عن الدّين إذا وقع بمكيل أو موزون، فإنّه يردّ قيمته أيضاً. وإلى هذا ذهب بعض حذّاق الأشياخ، لكون هذا أمراً أوجبته الأحكام لرفع الضّرر. فلو قضِي في المكيل والموزون بمثله ها هنا لأوشك ألاّ يرتفع الضّرر عن هذا الّذي لم يصالح، بأن تغلو أسعار الطّعام الّذي أخذ ممّا وقع به الصّلح. فيكلّف أن يشتري مثله فيشتريه بأضعاف ثمنه يوم أخذه، فيكون ذلك أشدّ إضراراً به عمّا دخل عليه من وهن الذّمّة بما أخذه شريكه. وقد يرخُص الطّعام أيضاً، فإذا أخذ الشّريك المصالح مثل الطّعام الّذي أخذ منه وصالح به وقت كونه غالياً، وهو حين يغرمه شريكه له لا قيمة له، لحِقَه الضّرر البيّن، وأصل المشاركة إنّما قضى بها للعدل بين الشّريكين حتّى يرتفع الضّرر عن أحدهما.

ومن الأشياخ من ذهب إلى أنّ الصّلح إذا وقع عن الدّين بمكيل أو موزون فأخذ الشّريك الّذي لم يصالح نصفه، فإنّه إذا قبض دينه ردّ مثل الّذي قبض كيلاً أو وزناً لا قيمة، كما يردّ من استهلك طعاماً مثله لا قيمته.

وقد أشرنا إلى المعنى الّذي يمنع قياسه على الاستهلاك، وهو أنّ

على أنّ أحدهما لا يضرّ بصاحبه. لكن هذا الاشتراك وإن أوجبته الأحكام، فإنّه يجري مجرى ما اشتركا فيه بالطّوع. لأنّ الذّمّة الّتي ملكوها عمّن ورثوه بينهم على الشّياع، والحقّ إذا كان شائعاً، لم يكن لأحد الشّركاء أن يفعل فيه ما يعيب به الحقّ وينقصه. وأشار **سحنون** إلى أنّ الدّيون الثّابتة في الذّمم لغير المشتركين فيها كالدّيون الموروثة أو أروش الجناية لا يدخل فيها أحد الشّريكين على الآخر، لكون الشّركاء ها هنا لم يلتزموا شركة تتضمّن ألاّ يعيب أحدهما ما اشتركا فيه. ولهذا يلحق بالاشتراك في المال في هذا الحكم ما هو متعلّق به، كوارث ادّعى على رجل أنّ لأبيه عنده ديناً فافتدى المدّعى عليه من اليمين الواجبة عليه بمال دفعه لهذا الوارث المدّعي، فإنّ لمن سواه من الورثة أن يشاركوه فيما أخذ صلحاً عن هذه اليمين. لأنّ الصّلح إنّما وقع عن مال زعم هذا أنّه لأبيه الّذي اشتركوا في وراثته وأنّه مظلوم فيما انتقص من حقّه. فصارت دعواه تتضمّن وجوب مشاركة بقيّة الورثة. ولو استحلفوا الغريم ووصلوا إلى حقّهم منه بالاستحلاف، فإنّ ذلك لا يمنعهم من مشاركة هذا الوارث الّذي صالح عن هذه اليمين الواجبة بهذه الدّعوى، لأجل ما نبّهنا عليه من كون/ دعواه تضمنت ثبوت المشاركة فيما أخذ بينه وبين بقيّة الورثة.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

قد قدّمنا الكلام في السؤال الّذي فرغنا من جوابه الآن أنّ مذهب **ابن القاسم** أن صلح أحد الوليين عن دم العمد يوجب مشاركة بقيّة الأولياء له فيما أخذ. كما يجب ذلك لهم إذا اقتضى ثمن سلعة باعوها وهم أشراك فيها. وأن غيره منع، في **المدوّنة**، من هذا، وقاسه على بيع أحد الأشراك نصيبه من عبد، فإنّ بقيّة أشراكه لا يدخلون معه في الثّمن الّذي قبض. وذكرنا إلزام بعض الأشياخ لهذا القائل أن يمنع المشاركة فيما اقتضى من الدّيون التي هي أثمان سلعة اشتركوا فيها. وذكرنا الفرق بين بيع النّصيب من السلعة، وهو مقدار ما يختصّ بالبائع، وبين الدّيون المشتركة، وأنّ من باع نصف سلعة بينه وبين غيره، فإنّ البيع ينطلق على نصيبه ونصيب غيره. بخلاف إذا باع نصيبه خاصّة، فإنّه لا

مدخل لشريكه في ذلك. وإن كان وقع في **الموّازيّة** في الدّين المشترك أنّه يدخل الشّريك الّذي لم يبع نصيبه على من باع نصيبه من الدّين المشترك من الغريم أو من أجنبيّ. [مع كون بيعه من أجنبيّ][1] لا يوهن ذمّة الغريم ولا يخليها، فيجب ألاّ يدخل شريكه في هذا الّذي باعه من أجنبيّ، كما لا يدخل عليه في ثمن نصيبه الّذي باع من عبد مشترك بينهما. وقد ذكر **أشهب** في **المدوّنة** أنّ القتيل إذا استحقّ دمه ابناه وبنته، فصالح أحد الولدين عن الدّيّة على مقدارها أو أكثر من ذلك، فإنّ لأخويه أن يشاركاه فيما أخذ وإن كان أكثر من الدّية. ولم يقيّد **أشهب** أنّ ما زاد على الدّيّة لا حقّ للأخوين فيه، فلا يجب أن يشاركا فيه المصالح، لأجل أنّ الزّيادة على الدّيّة إنّما كانت بسبب العفو عن الدّم الّذي هم فيه شركاء، فوجب اشتراكهم في الزّائد على الدّيّة. كما وجب اشتراكهم فيها لما أن كان الجميع عوضاً عن الدّم المشترك بينهم. قال: ولو صالح أحدهم على أقلّ من نصيبه من الدّيّة، وهو خمساها، للزمه ما حطّ من نصيبه. ولم يلزم ذلك أخويه بل يأخذ كلّ واحد منهما من القاتل نصيبه على الكمال. ولو عفا أحد الولدين على غير شيء يأخذه، لانتقل حكم الدّم في نصيب من لم يعف إلى حكم الخطإ، فيكون له على القاتل خمسمائة دينار، لكون الدّم امتنع القصاص فيه لعفو أحد الوليين عن نصيبه، ونصيبُه من الدّم المراق لا يتميّز/ فلمّا ارتفع القصاص، لأجل هذا صار كارتفاعه لأجل كون القتل خطأ.

ولو طرأ على الميّت دين لأخذ من الخمس مائة دينار الّتي أخذها الّذي لم يعف، لكون ما يؤخذ من دم العمد من ديّة يورث على فرائض الله، ويرث فيه من لا قيام له في الدّم كالزّوجة وشبهها. وإذا ثبت أنّه يورث، ثبت أنّه تقضى منه الدّيون، إذ لا ميراث إلاّ بعد الدّين.

بخلاف معتَق يموت بعد موت سيّده، فإنّه، وإن كان يرثه عصبة سيّده، فإنّ الدّين لا يقضى ممّا ترك هذا العتيق، لكون هذا المال إنّما يرثه العصبة

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من (و).

بالولاء بحكم الشّرع لا على أنّ الميت مَلَكه وتركه موروثاً عنه، لأنّ العتيق لا يملك سيّدُه ما اكتسبه بعد عتقه ولو كان العتيق حيّاً، فكيف به إذا مات والدّيّة وجبت على القاتل المُذهِب للحياة؟ فصارت الدّيّة كأنّها تركة للميّت كانت له في حياته، مع كون القتل أتلف ذمته، وأحلّ مكسبه للغرماء ما يقتضي منه ديونه. ولا مطالبة للوليّ، الّذي أخذت من يده المائة من نصيبه الّذي قبضه من الدّيّة، على القاتل بشيء. ولا يقدّر في هذا أنّ الدّم لمّا انتقل إلى حكم الخطإ في حقّ الّذي لم يعف، انتقل أيضاً في حقّ العافي، فيصير كأنّه وجبت له خمسمائة دينار فأسقطها عن القاتل فوهبها. فيقول الآخذ للخمسمائة: إنّما عليّ من مائة الدّين خمسون وعلى العافي خمسون فوهبها، وهبته لا يلزمني أن أقوم بها عنه. لأنّ هذا التّقدير إنما يصحّ لو عفيا[1] جميعاً على أن يأخذ كلّ واحد منهما نصيبه من الدّيّة. فلمّا وجب ذلك لكلّ واحد من الولدين على القاتل وهب نصيبه للقاتل. والعفو ها هنا لمّا وقع على غير شيء، وهذا العفو هو الّذي صيّر الدّم كالخطإ، لم يستقرّ فيه كون ثبوت الدّيّة المعلّقة بالعفو سابقاً لاستحقاقه أيضاً هو نصيبه من الدّيّة على القاتل.

ولو ترك هذا القتيل مائة دينار لم يختصّ الدّين بها، بل يؤخذ منها وممّا أخذه الذي لم يعف عن الدّم بالحصص، فيُقضَى من المائة، الّتي ترك الميّت، سدسُها في الدّين، ويؤخذ خمسة أسداس الدّين من الخمسمائة/ الّتي أخذها الّذي لم يعف، ثمّ يعود الّذي عفا فيشارك أخاه في خمسة أسداس المائة، الّتي ترك أبوهما، فيقسمانها نصفين على فرض الله سبحانه.

ولو كان أبوهما ترك مدبّراً ولم يترك هذه المائة دينار ولا غيرها، فإنّ عتق المدبّر يكون أيضاً غير مختصّ بما أخذ في الدّيّة، بل يفرض في العتق على المدبر سدسه، وعلى قابض الخمسمائة خمسة أسداسها/ على مذهب **عبد الملك** الّذي يرى أنّ المدبر يعتق فيما علم به الميّت من ماله وفيما لم يعلم

(1) هكذا في النسختين، والصواب: عَفَوا.

به. فالمدبّر ممّا علم به الميّت وما أخذ في الدّية ممّا لم يعلم به. فيعتق المدبر بالحصص في هذين المالين بخمسة أسداسه يعتق في الخمسمائة دينار للّذي لم يعف. وأمّا على مذهب **ابن القاسم** الّذي يرى أنّه يبدّأ في عتق المدبر بثلث المال الّذي علم به. فإن قَصُر ذلك عن عتق المدبر، أكمل عتقه في ثلث المال الّذي لم يعلم به أيضاً. فيبدأ بعتق ثلث المدبر لأنّه هو المال الّذي علم به، ويبقى ثلثاه، فينوب ذلك المال الّذي لم يعلم به. فإذا قدّرنا أنّ قيمة المدبر مائة دينار، وقد أخذ أحد الوليين خمس مائة دينار فتضاف إليها قيمة ثلثي المدبر وذلك سبع وستّون ديناراً غير ثلث، فيقسط جميع المال أثلاثاً فتكون الخمسمائة خمسة عشر ثلثاً وثلثا المدبر يضاف إلى الخمسة عشر، فيكون جميع المال المتروك سبعة عشر ثلثاً كلّ جزء منها ثلاثة وثلاثون وثلث، فيكمل عتق المدبر. ويرث الّذي لم يعف ثلث المائة وهو ثلاثة وثلاثون وثلث. ويكون بقيّة المال للذي لم يعف.

ولو ترك مع المدبر مائة دينار، لعتق على مذهب **ابن القاسم** ثلثا المدبر، لأنّه ثلث المال الّذي علم به وهو المدبر وقيمته مائة، والمائة الّتي تركها، فثلث المائتين ثلثا المدبر. ويرث الّذي عفا ثلث المائة على أصل **ابن القاسم**.

ولو عفا الجريح في مرضه عن هذا الجرح، فإنّ عفوه ماض، وإن لم يترك مالاً، ولا مقال في ذلك لورثته، ولا لغرمائه إن كان عليه دين. وهذا واضح على أصل **ابن القاسم** الّذي يرى أن ليس لأوليائه إجبار القاتل على الدّية. وإنّما يثبت له إذا رضي هو ورَضُوا هم، فعفْوُ الجريح لا يتصوّر فيه إتلاف مال استقرّ لهم، فأتلفه عليهم بالعفو، فيكون ذلك في ثلثه. وإنّما ينظر في هذا على أصل **أشهب** الذّاهب إلى أنّ لأولياء القتيل إجبار القاتل على الدّية. فقد صاروا كالقادرين على ملك الدّية، فمنعهم من ورثوه من تملّكها، فصار كمتلف مال عليهم. لكن **أشهب** نصّ ها هنا على أنّ عفوه جائز، على حسب ما ذهب إليه **ابن القاسم**، وقدّر أنّ قدرتهم على تملّك هذا المال لا يصيّره ملكاً لهم، فيكون متلفاً لذلك عليهم. لكنّه لم يطرد هذا الأصل في القاتل إذا كان عبداً وقد/ قتل

حرًّا وعفا الحرّ القتيل قبل موته عن هذا العبد. فإنّ **أشهب** قال: يكون عفوه هذا في ثلثه. خلافاً لِمَا ذهب إليه **ابن القاسم** في هذا من مساواته بين كون القاتل حرًّا أو عبداً. فإنّه يرى أنّ عفوه ينفذ. وقدّر بعض الأشياخ أنّ هذا كاختلاف قول من **أشهب**. وأشار إلى أنّه لا يتحقّق فرق بين كون القاتل على جهة العمد حرًّا/ أو عبداً، كما ذهب إليه **ابن القاسم**. وعندي أنّه قد لا يلزم **أشهب** هذا لكون جناية العبد متعلّقة برقبته إلاّ أن يفديه سيّده. وكأنّه خرج بالجناية من ملك سيّده إلى ملك المجنيّ عليه حتّى يستردّه سيّده إلى ملكه بانفراد، على ما سنبسط هذه الإشارة في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى. وهذا حقّ متعلّق بعين يقدّر أنّ ملكها زال عن سيّد العبد، فهو بخلاف ديّة معلّقة بالذّمم وليست بعين موجودة حتّى يقدر فيها انفصالها عن ملك مالكها. وذكر في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ اجتماع جماعة على قطع يد رجل عمداً يوجب له قطع يد كلّ واحد منهم. وكذلك الجماعة إذا تعاونوا على قتل نفس عمداً، فإنّه يوجب لأولياء القتيل قتل جميعهم. وقد يقال ها هنا: إنّ الجماعة إذا تعاونوا على إخراج مال من الحرز، فإنّه لا يقطع جميعهم إذا لم يبلغ ما أخذ كلّ واحد منهم ربع دينار. إلاّ أن يكون ما أخرجوه لا يقدر على إخراجه من حرزه إلاّ باجتماعهم. ومقتضى هذا أن يشترط في اجتماع جماعة على قطع يد رجل لا يقطع جميعهم إذا كان كلّ واحد منهم لو انفرد، لقدر على قطع يده. لكن هذا لم يشترطه أهل المذهب، وما ذلك إلاّ لأنّه لا يتحقّق قدرة أحدهم على قطع يد هذا إلاّ باجتماعهم، لأنّه وإن كان كلّ واحد منهم أقوى من المقطوع يده، فإنّه يمكنه الفرار منه والتحيّل عليه بما لا يمكنه من الفرار والتحيّل مع اجتماع الجماعة عليه. ولو قتل رجل رجلاً له وليّان فعفا أحد الوليين عن دم وليّه وصالحه الوليّ الآخر، فإنّ العافي لا مقال له في الدّم ولا فيما أخذ في الصّلح. لكن لو قتله الوليّ الّذي لم يصالح، لاسترجع من المصالح ما أخذ. هكذا ذكر **ابن القاسم**. فلعلّه قدّر أنّ القاتل إنّما بذل ما بذل بشرط بقاء حياته وألاّ يقتل. فإذا حصل القتل من جهة غير الّذي عفا وصالح، فإنّ الصّلح يبطل ببطلان المقصود لهذا الصّلح.

ومنع **ابن القاسم** من الصّلح عن دم العمد/ بثمرة لم يبد صلاحها. وأمضاه غيره. وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى ما قدّمناه من كون ما يؤخذ من ديّة العمد لا يقدّر أنّه ممّا يُقْدر على ملكه على أصل **ابن القاسم**. فيكون مقتضى هذا ما قاله غير **ابن القاسم** في إمضاء الصّلح ها هنا بثمرة لم يبد صلاحها. أو يقدّر أنّ ذلك كمال مملوك لما قدر على ملكه، على أصل **أشهب**، فيمنع من هذا الصّلح.

وممّا ينظر فيه على هذا الاختلاف لو صالح عن دم العمد بعرض إلى أجل، فإنّه إن قدرنا أنّ الدّيّة لما قدر على ملكها كالمملوكة فإنّ هذا يُمنع منه أيضاً، لكونه فسخ دين في دين، وذكر في **المدوّنة** أنّ الجاني عمدا لغرمائه أن يردُّوا ما صالح عليه من مال ليعفى عنه إذا كان قد أحاطت الدّيون بماله. فأمّا منعهم إيّاه من ذلك قبل أن يوقعه، فإنّ كونهم يستحقّون ذلك ممّا يتّضح، لأنّه يطالبونه بالدّيون فيأخذون جميع ما في يده، فيمتنع الصلح عليه. لكن إذا وقع ذلك قبل علمهم، فهل لهم ردّه أم لا؟ ظاهر **المدوّنة** أنّهم يمنعون من ردّه، لأنّه ذكر فيمن صالح على جناية تحملها/ العاقلة، ودفع في ذلك رهناً، أنّ المرتهن يكون أحقّ به من الغرماء. ولم يقيّد هذا الجواب بكون الجناية عمداً أو خطأ. ويتّضح أنّ تصرّف الغريم، الّذي أحاط الدّين بماله، بالمعاملة والمعاوضة المطلوب بها التّنمية، أنّ ذلك ماض لما فيه من المصلحة له ولغرمائه. كما يتّضح أيضاً ردّ هباته وعطاياه الّتي لا معاوضة عنها. ويبقى النّظر فيما عاوض به ممّا له فيه مصلحة ومنفعة، وليس في ذلك منفعة لغرمائه كالجناية، وخلع المرأة، الّتي أحاط الدّين بمالها، نفسها من زوجها بمال تدفعه إليه، فإنّ هذا المال لم يخرج إلاّ على جهة المعاوضة، ولكنّها معاوضة ليست بماليّة محضة، فيلتفت في هذا أيضاً إلى كون الغرماء عاملوه على ذلك أو لم يعاملوه عليه. وقد أجازوا لمن أحاط الدّين بماله أن يتزوّج بصداق يبذله ويتسرى أمة، لكون هذا ممّا تمسّ الحاجة إليه ويتكرّر فعله. فيقدّر أنّ الغرماء دخلوا عليه وأذنوا فيه. وسنبسط هذا في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** أنّ الجريح إذا صالح الجارح على مال فمات من جُرحِه، أنّ لأولياء القتيل أن يردّوا ما وقع الصّلح عليه ويقتلوه بقسامة، ولهم أن يتمسكوا بالصّلح ويسقطوا القصاص. قال في الكتاب: وليس/ من حقّ الجارح أن يقول: ردّوا على ما دفعته في الصّلح واقتصوا منّي بأن تقتلوني، لأنّ هذا ممّا لا منفعة له فيه. وإنّما ينظر في هذا لو كان الجرح خطأ فوقع الصّلح عنه. فهل يكون من حقّ المصالح أن يستردّ ما صالح عليه لكون الدّيّة على عاقلته، فيستفيد بردّ الصّلح سقوطَ الغرامة عنه واسترجاع ما دفع أم لا، لكون هذا الصّلح قد رضي به على الإطلاق؟ أو يقدّر إنّما رضي به ظنّاً منه أنّ الغرامة تختصّ به دون عاقلته؟ وقد اختلف في جواز الصّلح عن هذا الجرح وعن ما يتناهى إليه. فأجيز ذلك لكون الغرر في هذا ليس كالغرر في المعاوضات الماليّة. أو يمنع لما فيه من الخطر. وهذا يستقصَى في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر في **المدوّنة** في أحكام الصّلح عن الدّماء الصّلح عن موضحتين، إحداهما عمد والأخرى خطأ، وأعاد ذكر الصّلح عن ذلك في كتاب الشّفعة. وكتاب الشّفعة أحقّ به. ولهذا نعيده هناك بأبسط ما نورده ها هنا. فذكر في الكتاب قولين في ماذا يقع الاستشفاع به. فحكى عن **ابن القاسم** أنّه إذا أوضح رجل رجلاً مُوضِحتين، إحداهما عمد والأخرى خطأ، فصالح الجارح المجروح عنهما بشِقص من دار، أنّ الشّفعة تكون بديّة[1] موضحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً، وبنصف قيمة الشّقص. وذكر عن **المخزوميّ** أنّ الشّفعة تكون بخمسين ديناراً ما قابل موضِّحة الخطإ، وبقيمة ما قابل موضحة العمد من هذا الشّقص. وذلك يعرف بعد التّقويم للشّقص ونسبة ديّة موضِحة الخطإ إلى ما أخذ عن ديّة العمد. فإذا قوّم جميع الشّقص بمائة دينار، مثلاً، وقد علم أنّ ديّة الخطإ خمسون ديناراً، فإنّا ننسب ديّة موضِحة الخطإ ممّا وجب ها هنا في موضِحة

(1) في المدنية: بقيمة.

العمد، فنجده قد حصل لموضِحة الخطإ/ ثلث هذا الشّقص، [لكون خمسين ديناراً من جملة، هي مائة وخمسون، الثّلثَ، فاقتضى هذا كونَ هذا الشّقص][(1)] دفع ثلثُه عن موضِحة الخطإ، وثمنها في الشّرع معلوم. فصار دافعه كأنّه باع ثلثه بخمسين ديناراً، والباقي بعد ذلك لموضِحة العمد، وذلك ثلثا الشّقص.

ومن صالح عن موضِحة عمد بشقص، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة الشقص. فكذلك إذا صالح ببعض الشّقص عن موضّحة العمد، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة ما صالح به عن موضّحة العمد، وهو ثلثا هذا/ الشقص. وذكر في غير **المدوّنة** أنّ **ابن نافع** ذهب إلى أنّ الشّفعة تكون بقيمة الشّقص ما لم تنقص قيمته عن خمسين ديناراً الّتي هي ديّة موضِحة الخطإ. فإن نقصت قيمة الشّقص عن الخمسين ديناراً، فإنّ الشّفيع لا يأخذ الشّقص إلاّ بالخمسين ديناراً. وهذا المذهب الثّالث الّذي ذهب إليه **ابن نافع** هو اختيار الحذّاق من أتباع أصحاب **مالك** **كابن الموّاز وابن حبيب وسحنون**، حتّى أغلى في تصحيح هذا المذهب **سحنون، فقال: الصّواب** مذهب **ابن نافع**، وما سواه فليس بشيء. وتبع هؤلاء على هذا الاختيار **يحيى بن عمر**.

وأشار بعض أشياخي وبعض أشياخهم إلى مذهب رابع في هذه المسألة. وهو كون الشّفعة ها هنا تجب بالخمسين ديناراً. وما يشبه أن يكون قيمة لموضِحة العمد.

والنّكتة الّتي ينصرف إليها هذا الاختلاف أنّك قد علمت أنّ هذا الشّقص لو كان مدفوعاً كلّه عن موضحة الخطإ، لكانت الشّفعة بديّة موضِحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً. ولو كان مدفوعاً عن موضِحة العمد، لكانت الشّفعة فيه بقيمته. فإذا دفع عنهما جميعاً، وهما متساويان، وجب أن يقسم المدفوع عنهما بينهما نصفين. فيكون نصف الشّقص دفع عن موضِحة الخطإ، فيستشفع هذا النّصف بثمنها، وهو خمسون ديناراً. كما لو دفع جميعه عن موضِحة العمد،

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من (و).

فإنّ الشّفعة تكون بقيمته. والحكم في جزء له كالحكم في جميعه. كما لو باعه بعشرين ديناراً، فإنّ العشرين تقسم عليه، فيكون ثمن كلّ نصف منه عشرة دنانير. وهذا يقتضي ما قاله **ابن القاسم**. وإن قلنا: إنّ الدّم ليس من الحقوق الماليّة المحضة، فلا يكون في نفسه ثمناً للشّقص، وإنّما ثمن الشّقص أعواضه. وأعواض موضِحة الخطإ خمسون ديناراً. وموضِحة العمد عوضها قيمة الشّقص. فقد صار الثّمن في هذا الشّقص خمسين ديناراً وقيمته في نفسه. ولمّا لم يكن في نفسه ثمناً مكيلاً ولا موزوناً، صرفت الشّفعة إلى قيمته، كما تصرف لو كان ثمنه عبداً، فإنّ الشّفعة بقيمة العبد لمّا لم يكن العبد مكيلاً أو موزوناً. فإذا انصرفت الشّفعة إلى ثمن الموضحتين لا إلى أنفسهما. وثمنهما خمسون ديناراً في انفراد موضِحة الخطإ، وقيمة الشّقص في انفراد موضِحة العمد، وجب أن/ تكون الشّفعة بذلك على جهة الفضّ على هذين الثّمنين. وإذا فضّ ذلك عليهما وكانت قيمة الشّقص مائة دينار، وقيمة موضِحة الخطإ خمسون ديناراً، فقد صار مدفوعاً عن مائة وخمسين ديناراً. فالّذي يقابل المائة دينار ثلثا الشّقص، فتكون الشّفعة بقيمة ثلثيه، وذلك ستّة وستّون ديناراً وثلثا دينار. والّذي يقابل موضِحة الخطإ ثلث هذا الشّقص. وثمن هذا الثّلث معلوم. فتكون الشّفعة به. وهذا مثاله ما قيل في أنّ من أوصى لرجل بمائة دينار، ولآخر بمجهول، مقداره يأتي على المال، فإنّ المحاصّة لمّا كانت الوصيّة بمعلوم ومجهول تقع بالمائة دينار وبالثّلث. فتضرب في الثّلث الّذي تجمع فيه الوصايا بنفسه/ وبالمعلوم فتكون المحاصّة فيه في نفسه بنسبته إلى المعلوم لمّا امتنع الضّرب بالمجهول، عاد الأمر إلى ما يستحقّه هذا المجهول وهو الثّلث. وإن قلنا: إنّ موضِحة الخطإ وإن كان معلوماً ثمنها في الشّرع، فإنّها في هذه المسألة يصير ثمنها غير معلوم، لكون الشّقص ثمناً لموضِحة الخطإ وديّتها، وثمناً لموضحة العمد وثمنها القيمة المجهولة، فلا يدري ما يقابل موضِحة العمد. وذلك يسري إلى أنّه لا يدري أيضاً ما يقابل موضِحة الخطإ، فكأنّه دفع عن مجهولين، فتكون الشّفعة بقيمته الّتي هي عوض عن جميعه. وجميعه مدفوع

عن الموضِحتين، وقيمته بدل. فلتكن قيمته مدفوعة عن الموضِحتين جميعاً. فتكون الشّفعة فيهما بقيمته كما لو كانت الموضِحتان عمدين جميعاً، فإنّ الشّفعة تكون بقيمته. لكن إذا كانت إحداهما خطأ وثمن الخطإ معلوم، وقد علم أنّ الشّقص دفع عنهما جميعاً، فإذا قصرت قيمته عن الخمسين ديناراً، فلا يصحّ أن يحطّ الجارح عنهما ويزول حكم الموضِحة المجهولة، ويصير الثّمن ديّة الموضحة المعلومة. فأنت ترى هذه المذاهب الثّلاثة تتصرّف إلى كون نفس الشّقص مقسوماً على الموضِحتين لمّا كانت المعاوضة به عنهما. أو مقسوماً على ثمنهما لمّا أن كانت المواضح ليست بأعواض ماليّة. أو يكون غير مفضوض عليهما بالنّسبة والتّقويم ولا على ثمنهما جميعاً، فتكون الشّفعة بقيمة الشّقص ما لم يقتصر عن الخمسين ديناراً، فتصرف المعاوضة إلى المعلوم.

وأمّا المذهب الرّابع، فإنّ أصبغ ذكر في هاتين الموضِحتين أنّ هذا الصّلح لو وقع بهذا الشّقص على أن زاد المجروحُ عبداً من عنده، فإنّه تكون الشّفعة بقيمة العبد وبالخمسين ديناراً وبما يجتهد فيه في تقويم/ موضِحة العمد. فإن كانت قيمة العبد خمسين ديناراً، فهي مثل ثمن موضحة الخطإ. وإذا قوّمت موضِحة العمد بخمسين ديناراً، بعد اعتبار حال الجارح وكونه أكثر قصده في المعاوضة الدّفع عن نفسه القصاص لمشقّته عليه، أو أكثر قصده ما يغرمه من مال، لكون القصاص يخفّ عليه، فإنّه يستشفع بالخمسين ديناراً الّتي هي ثمن موضِحة الخطإ وبالخمسين ديناراً الّتي هي قيمة العبد وبثلث قيمة الشّقص، لكون الّذي يقابله من الثّلاثة المدفوعة يساوي كلّ واحد منهما الآخر. ولو اختلفت هذه القيم، لكانت الشّفعة على ما تقتضيه النّسبة من اختلافها. فيجعل لموضِحة العمد من الشّقص ما قوّمت به موضِحة العمد على المثال الّذي أريناك. وهذا كمذهب **المخزوميّ** في اعتبار النّسبة. ولكنّ **المخزوميّ** صرفها إلى اعتبار موضِحة العمد بأن جعل قيمة الشّقص عوضها. وصرفه **أصبغ** إلى أن جعل ما يقوّم به موضِحة العمد هو عوضها. ثمّ يتّفقان جميعاً على صرف هذا التّقويم إلى الاستشفاع بقيمة ما قابل موضحة العمد من هذا الشّقص. وهذا

الّذي نسبناه **لأصبغَ** من كونه إذا قوّم موضحة العمد بالاجتهاد، نظر ما يقابل هذه القيمة من الشّقص، فجعل الشّفعة بقيمة ذلك من الشّقص لا بنفس ما قوّمت به العمد من الدّنانير، عليه حمل ما وقع له في ذلك **الشّيخ أبو محمّد بن أبي زيد،** وأشار إليه غيره من متأخّري الأشياخ.

وظاهر كلامه عندي يقتضي كون الشّفعة تؤخذ بما قوّمت به/ موضحة العمد لا بقيمة ما يقابل هذه القيمة من الشّقص. وذلك أنّه قال: إذا دفع المجروحُ عبداً وأخذ الشّقص من الجارح، عوضاً عمّا وجب عليه في الموضحتين، وعن العبد، فإنّ العبد يقوّم وتقوّم موضِحة العمد بالاجتهاد. فإن كان العبد وقيمة الموضحة الّتي هي عمد بالاجتهاد وديّة موضحة الخطإ تتساوى، فإنّه يأخذ الشّفعة. **فقال الشّيخ أبو محمد:** مراده بهذا أنّ العبد إذا كان الثّلث والموضحتان تتساويان في أثمانهما، هذه بالتّقويم، وهذه بديّتها الشّرعيّة، فإنّ الشّفعة تكون بقيمة ثلث الشّقص المقابل لموضحة العمد.

وبعض أشياخي[1] يشير إلى أنّ الأوْلى أخذ الشّفعة بقيمة موضحة العمد بالاجتهاد من غير رجوع إلى اعتبار قيمة ما يقابلها/ من الشّقص. لأنّه إذا وجب تقويمها في نفسها بالاجتهاد، وصارت كالموضحة الأخرى الّتي قوّمها الشّرع بخمسين ديناراً، فكما لم يعدل عن الخمسين ديناراً إلى ما قابلها من الشّقص، فكذلك لا يعدل عن موضحة العمد إلى ما قابلها من الشّقص. وإذا علمت ما يقابل كلّ واحد من هذه الثّلاث مع التّساوي صرفته في اختلاف قيمها. فلو كان العبد قيمته تقابل نصف أثمان الموضّحتين، لكانت الشّفعة بقيمته وبديّة موضحة الخطإ، وهي خمسون ديناراً، وبقيمة موضّحة العمد بالاجتهاد على ما أشرنا نحن إليه؛ وعلى ما تأوّله الشّيخ أبو **محمّد بن أبي زيد** تكون الشّفعة في موضّحة العمد بما قابلها من الشّقص، فيؤخذ قيمة ما قابلها من ذلك.

ولو كانت الموضحتان خطأ وأخذ الشّقص عنهما وعن عبد دفعه المجروح

---

(1) (أشياخي) ساقطة من (و).

كما قلناه، لكانت الشّفعة بقيمة العبد وبديّة الموضحتين من غير خلاف.

ولو كانت الموضحتان عمداً لقوّمتا بالاجتهاد ونظر إلى ما قابل قيمتهما من الشّقص، وأخذت الشّفعة بقيمة ما قابلهما من الشّقص بعد التّقويم لهما وبقيمة العبد. وعلى ما أشرنا نحن إليه لا يرجع إلى الالتفات إلى قيمة ما قابلهما من الشّقص.

وقد أشار الشّيخ **أبو محمّد ابن أبي زيد** إلى مناقضة **أصبغ** في هذا الّذي قاله من كونه اعتبر في موضّحة العمد قيمتها بالاجتهاد إذا أضيف إليها موضحة خطإ وعمد، مع كونه **يوافق ابن القاسم** فيما قاله في **المدوّنة** في أنّ الجارح إذا دفع شقصاً عن موضحة خطإ وموضحة عمداً، أنّ الشّقص يكون بينهما نصفين. ولم **يقل أصبغ** ها هنا بتقويم موضحة العمد بالاجتهاد أيضاً وينسبها إلى موضّحة الخطإ بل قسَم الشّقص بينهما نصفين.

والّذي أشار إليه من هذا يسبق إلى النّفس أنّه لا فرق بين السؤالين، ولكن قصارى ما يمكن عندي أن يعتذر عمّا قاله **أصبغ** ها هنا أنّ مسألة **المدوّنة** لم يوجب الشّرع في شيء من ثمن ما يستشفع قيمة، بل حدّ في موضحة الخطإ خمسين ديناراً، وبقيت موضّحة العمد على الاجتهاد في حكمها.

وفي مسألة المجروح إذا دفع عبداً وأخذ شقصاً قد اتّفق على اعتبار القيمة في بعض ما يستشفع به وهو العبد. فلمّا ثبتت القيمة في بعض الثّمن الّذي يستشفع به أجرى التّقويم في غيره من الثّمن المضاف إلى ما أوجب الشّرع/ تقويمه. وهذا غير مستنكر في الأصول أن حكماً إذا ثبت في شيء حسن أن ينسحب الحكم على ما قارنه ولازمه في العقود.

وإذا تصوّرت ما قدّمناه في مسألة **المدوّنة** في دفع شقص عن موضحتين إحداهما عمد والأخرى خطأ، فإنّ هذا/ الّذي ذكره **أصبغ** في زيادة المجروح عبداً من عنده لمّا أخذ الشّقص يتصوّر فيه على مذهب **ابن نافع** إذا كانت الموضحتان عمداً، وزاد معهما المجروح عبداً، فإنّ الشّفعة بقيمة الشّقص ما لم

ينقص عن قيمة العبد، كما كانت في مسألة **المدوّنة** بقيمة الشّقص ما لم ينقص عن ديّة الخطإ. وعلى مذهب **المخزوميّ** تكون قيمة العبد كالمعلوم، ويحمل على قيمة الشّقص، وينسب بعضها من بعض، فتكون الشّفعة بما قابل موضحتي العمد من الشّقص، فيدفع الشّفيع قيمة ذلك. ويقسم **ابن القاسم** الشّقص بين المعلوم والمجهول على حسب ما قلناه عنه. وهكذا تصرف هذه المذاهب فيما إذا كانت إحداهما عمداً والأخرى خطأ وزاد المجروح عبداً. هذا حكم الزّيادة إذا كانت من المجروح.

فلو كانت من الجارح بأن دفع عن موضحة العمد وعن موضحة الخطإ شقصاً وزاد مع ذلك زيادة، فإنّه لا يخلو أن تكون هذه الزّيادة دنانير من جنس ديّة موضحة الخطإ، أو تكون هذه الزّيادة عرضاً.

فإن كانت عرضاً، فإنّ المشهور أنّ الجاري فيها على مذهب **ابن القاسم** أن يقسم العرض بين الموضحتين نصفين. فيكون نصفه لموضحة الخطإ ونصفه لموضحة العمد. فيستشفع في موضحة العمد بنصف قيمة الشّقص، لكون العوض عنها نصف العرض المدفوع ونصف الشّقص ويستشفع النّصف الآخر بديّة موضحة الخطإ. ولو دفع الجارح مع الشّقص دنانير، فإنّ **يحيى بن عمر** ذهب إلى قصر الدنانير المدفوعة على ديّة الخطإ لكونها من جنسه. فإذا دفع مع الشّقص عشرة دنانير مثلاً، فإنّه يكون قد قضاه من موضحة الخطإ عشرة دنانير وبقي منها أربعون ديناراً. وقد فرض ابن القاسم[1] كون موضحة الخطإ متساوية[2] في هذا لموضحة العمد فلتكن قيمتها خمسين ديناراً، كما كانت قيمة موضحة الخطإ. لكن موضحة قد قضى منها عشرة دنانير وبقيت أربعون ديناراً دفع الشّقص عوضاً عن الأربعين وعن ما قدّرنا أنّه بخمسين ديناراً، فيستشفع الشّقص بأربعين ديناراً وبخمسة أتساع قيمة الشّقص، لكون الجملة في التّقدير

---

(1) في المدنية: ابن مالك.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مساوية.

تسعين ديناراً وخمسون/ من تسعين خمسة أتساعها، وهي الّتي تقابل موضحة العمد، وموضحة العمد إنّما تستشفع بقيمة الشّقص أو بما قابلها منه إن كان معها غيرها.

ولو دفع عشرين ديناراً مع الشّقص، لكانت الشّفعة بثلاثين ديناراً وخمسة أثمان قيمة الشّقص. هكذا على هذه النّسبة حتّى يكون المدفوع من الدّنانير خمسين ديناراً، فيكون المجروح قد استوفى ديّة موضحة الخطإ وتخلّص الشّقص كلّه لموضحة العمد، فتكون الشّفعة بقيمته كلّه.

وعلى رأي الشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد**، فإنّ الجاري عنده على أصل **ابن القاسم** فيما أشار إليه، أن تقسم الدّنانير نصفين، كما قسم العرض أيضاً نصفين. فإذا دفع عشرة قسمها على الموضحتين فكانت الشّفعة بخمسة وأربعين ديناراً بقيمة ديّة موضحة الخطإ وبنصف قيمة الشّقص المقابل لموضحة العمد. وهكذا على مقتضى ما أشار إليه لو كان المدفوع مع الشّقص/ مائة دينار، لقسمها نصفين. فتكون الشفعة عنده في موضحة العمد بنصف قيمة الشّقص، مع كون هذا الشّقص دفع وقد دفع معه جميع ديّة موضحة الخطإ.

فيستبعد أن يكون قد أخذ المجروح جميع ديّة موضحة الخطإ، ثمّ يجعل بعد هذا لموضحة العمد نصف الشّقص. وقد ظهر أنّ جميع الشّقص لموضحة العمد، لكون موضحة الخطإ قد سقط حكمها بدفع ديّتها، فصار كما لو دفع الشّقص عن موضّحة العمد ولم يجرح سواها، فإنّ الشّفعة تكون بجميع قيمة الشّقص.

ولكن هذا الاستبعاد يلزم عند بعض المتأخّرين في[1] إذا كان المدفوع مع الشّقص عرضاً، وقد حصل في نصف قيمته جميع ديّة موضحة الخطإ، فيجب أيضاً أن تكون الشّفعة بقيمة الشّقص كلّه، لكون موضّحة الخطإ سقط حكمها بدفع ديّتها عرضاً.

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذْف (في).

وهذا عندي قد يعتذر عنه بأنّ العرض تختلف الأغراض فيه، ونسبته إلى موضحة العمد كنسبته إلى موضحة الخطإ. فليست إحداهما أحقّ به من الأخرى. فلهذا أوجب أن يقسم بينهما نصفين. وأمّا الدّنانير فهي من جنس ديّة موضحة الخطإ. فلمّا كانت من جنسها وجب أن يصرف ما دفع من دنانير مع الشّقص إلى كونه قضاء لديّة الخطإ.

لكن أصبغ لم يسلك في العرض/ إذا دفع مع الشّقص مسلك **يحيى بن عمر** والشّيخ **أبي محمّد بن أبي زيد** فيتناقض بما ذكرنا. بل قال: لو دفع الجارح مع الشّقص عبداً، لاعتبرنا قيمة العبد. فإن كانت قيمة العبد كقيمة الشّقص، فقد دفع العبد عن نصف الموضحتين، ونصفُ موضحة الخطإ خمسة وعشرون ديناراً، وموضحة العمد قد قابلها نصف الشّقص، فتكون الشّفعة في موضحة العمد بنصف قيمته. ولو كانت قيمة العبد من الشّقص الثّلث، لكان العبد قد قابل ثلث الموضحتين وبقي ثلثا الموضحتين للشّقص، فتكون الشّفعة بثلثي ديّة الخطإ وبنصف قيمة الشّقص، لأنّ الشّقص مقسوم بين الموضحتين نصفين. ولو كانت قيمة العبد من الشّقص الرّبع، لكانت الشّفعة في موضحة العمد بقيمة نصف الشّقص لا يتغيّر حسابها، وفي موضحة الخطإ بثلاثة أرباع ديّتها.

وذكر في **المدوّنة** إذا ادّعى وليّ القتيل على القاتل أنّه صالح على مال يبذله له، فإنّ القصاص يسقط لإقرار وليّ الدّم بسقوطه، ولا يقبل دعواه على القاتل أنّه رضي له بمال ويحلف على ذلك.

وذكر أيضاً أنّ القاتل خطأ إذا صالح ظنّا أنّ الدّيّة تلزم في ماله، فإنّ له نقض الصّلح إذا علم أنّها لا تلزمه. قال بعض الأشياخ: إذا كان ممّن يجهل ذلك، فلا بدّ من أن يستظهر عليه باليمين على صحّة عذره. وإن وجد المال الّذي دفع قد أتلفه أولياء الدّم، فإن كان هوْ المطالب لهم بالصّلح، فإنّه لا يرجع عليهم به، كمن أثاب من صدقة ظنّا أنّها تلزمه. وإن كان هم طالبوه بالصّلح، فإنّهم يغرمون له ما أتلفوه من هذا المال.

وهذا الّذي أشار إليه من التّفصيل في الرّجوع بهذا المال نبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقال في **المدوّنة** ولو أقرّ بالقتل وصالح على الدّيّة تؤخذ من ماله، فإنّه يلزمه الصّلح. ولم يعذره لجهله أنّ/ ذلك لا يلزمه لأجل الاختلاف في المذهب، هل تكون الدّيّة على المقرّ أو على العاقلة بقسامة فيكون كشاهد لهم على العاقلة إذا كان عدلاً؟ ولم نعذره ها هنا بجهله لمّا صادف فعله واعتقاده أحد الأقوال في مذهب أصحابنا في هذه المسألة. وكأنّه حكم وقع بما اختلف النّاس فيه.

هكذا اعتذر بعض الأشياخ عن هذا. ولا يتّضح كون هذا كحكم، لأنّا سنبيّن في كتاب الأقضية ما ينفذ من الأحكام بالمختلف فيه. وعلى أيّ صفة يجب/ إنفاذ حكم الحاكم إذا حكم بما اختلف النّاس فيه.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال:

إذا ادّعى رجل على رجل حقًّا فأنكر فصالحه، ثمّ ثبت الحقّ بعد الصّلح، فإنّه لا يخلو من أن يكون ثبوته بوجه واضح لا مخاصمة فيه، كإقرار المطلوب بثبوت الحقّ الّذي أنكره أوّلاً. أو يثبت ببيّنة.

فإن ثبت بإقرار المنكر له أوّلاً، فإنّ الصّلح لا يلزم المقرّ له، لأنّه إنّما التزمه كالمجبر عليه والمغلوب على حقّه. فإذا قدر على التخلّص من هذه الغلبة والإجبار بالتوصّل إلى حقّه الّذي منع منه، كان له طلبه. وقال **سحنون**: وله ألاّ ينقض الصّلح ويتمادى عليه، ولا يطالب المقرّ بحكم إقراره. وهذا صحيح لأنّ نقضه حقّ له لا حقّ عليه للباري سبحانه ولا لخصمه. فوقف إمضاؤه أو ردّه على اختياره. كمن أكره على بيع سلعته بثمن فإنّه إذا زال عنه الإكراه، كان له ارتجاع سلعته، لكونها خرجت من ملكه بغير اختياره، وله إمضاء البيع فيها، لأنّ المكرِه له عاوضه عنها باختياره، وله أن يلزمه اختيارَه. وليس كونه بالخيار في ردّ هذا الصّلح بالّذي يوجب سقوط ضمان ما أخذ في الصّلح عنه، لأنّه لم

يسلمه إليه المنكر لحقّه بغير اختياره، بل لو شاء لاستحلفه وقنع بيمينه. فعدوله عن ذلك، وهو الحقّ الّذي أوجبه الشّرع، إلى المعاوضة عنه معاوضة التزماها جميعاً توجب كون الضّمان فيها يجري مجرى العقود الصحيحة الّتي لا خيار فيها.

وأمّا إن ثبت الحقّ ببيّنة والمدّعى عليه متماد جحودُه مكذّب للبيّنة، فإنّ ذلك لا يخلو من أن يكون لم يعلم بالبيّنة، أو علم بها فلم يقم بها وهي حاضرة أو غائبة.

فإن كانت البيّنة، الّتي ثبت له بها أصل الحقّ وصدْقه في دعواه، لم يكن علم بها حين الصّلح، ففي ذلك روايتان. إحداهما: أنّ له القيام بها، وهو الّذي ذكره في **المدوّنة**. والثّانية أن لا قيام له بها، وهي رواية **مطرّف** عن **مالك** في كتاب **ابن حبيب**.

فكأن من أثبت له القيام قدّر أنّه لمّا صالح جاهلاً بها، فإنّه يُعلَم أنّه لو علم بها ما رضي بما رضي بالصّلح، فكأنّه اشترط فيه هذه المعاوضة، أنّ له النّقض للصّلح متى ثبت أصل حقّه. وصار ثبوت حقّه كعيب يطلع عليه في المبيع، فإنّ له القيام به لجهله به حين العقد، ولو كان عالماً به، لم يكن له قيام.

كما أنّ من لم يصالح على حقّ ادّعاه فأنكره المدعى/ عليه فاستحلفه الطّالب، ثمّ وجد بيّنة لم يكن علم بها، فإنّ له القيام بذلك، لأنّ استحلافه كالمشروط فيه أنّه إنّما رضي به لأجل عدم البيّنة، فمتى وجدها لم يسقط حقّه فيما شهدت به.

ومن منعه من القيام بالبيّنة رأى أنّ الصّلح وقع مع تجويزه أن يعثر على بيّنة، فيصير كالملتزم لإسقاطها في عقد هذه المعاوضة. ولهذا قال في الرّواية: لو شاء لتربّص، فعجلته إلى المعاوضة مع قدرته على التّربّص كالمسقط لحقه/ في هذه البيّنة. كما يسقط حقّه في العيب إذا دخل على علم به. لا سيما أنّ

القيام بالبيّنة مبطل عقد المعاوضة [ويبقى منعقداً][1] والشّرع يلزم عقود المعاوضة إلاّ عند أمر يوجب حلّها. وقد أخذ ما أخذه في الصّلح ليتصرّف فيه وينتفع به، فلم يمكن من ردّه بعد ذلك لأجل ظهور بيّنة لم يعلم بها. ولهذا كان له القيام ببيّنة لم يعلم بها إذا استحلف خصمه. لأنّ استحلافه له ليس بمعاوضة ولا تصرف في ملك أخذ على جهة المبايعة. فلهذا كان له أن يقوم بالبيّنة الّتي لم يعلم بها. وكان قيامه ببيّنةٍ لم يعلم بها بعد الصّلح فيه الخلاف المذكور. وقد قال سحنون فيمن أقرّ في السرّ وجحد في العلانية وقال للمدّعى عليه: أخّرني وأقرّ لك، فأشهد المدّعي في السرّ أنّه إنّما يصالحه لإنكاره، وأنّه متَى وجد بيّنة قام بها، فإنّ الصلح لا يلزمه إذا ثبت جحوده وثبت أصل الحقّ. والظّالم أحقّ أن يحمل عليه. فأشار إلى أنّه متى اشترط في السرّ قيامه ببيّنة يجدها، فإنّه يمكّن من ذلك. وأمّا إن كان عالماً بها وهي حاضرة يمكنه القيام بها فعدل عن ذلك إلى الصّلح، فإنّ الصّلح لازم ولا قيام له بهذه البيّنة إذا كان قد صرّح حين الصّلح بأنّه قد ترك القيام بها. وإن لم يصرّح بذلك، فقد علم أنّ المذهب على قولين فيمن استحلف خصمه وهو عالم بحضور بيّنة تحقّق دعواه، هل يكون مجرّد علمه بها دلالة على تركها؟ أو لا يكون ذلك دلالة فيكون له القيام بها؟

وأشار بعض المتأخّرين إلى كون هذا الخلاف ثابتاً في مسألة الصّلح، كما يثبت في مسألة الاستحلاف على ما تقدّمت إشارتنا إليه. وأشرنا إلى كون الصّلح والمعاوضة أعلى درجة في هذا وأبعد في الفسخ من الاستحلاف خاصّة، لكون/ الاستحلاف ليس بمعاوضة فيه، ويقدَّر المستحلف بأنّه اعتقد أنّه لا يحلف ويغنيه عن البيّنة، أو أراد إشهاره باليمين الكاذبة. ولا يتصوّر مثل هذا في الصّلح الّذي طريقه المعاوضة.

وأمّا إن كانت البيّنة الّتي علم بها بعيدة الغيبة فصالح، فإنّه إن اشترط في الصّلح أنّه متى قدمت قام بها وأعلن بذلك، فإنّ له القيام بها، ولم يختلف

---

(1) هكذا في النسختين ولعلها أو يبقى منعقداً.

المذهب فيه. وأمّا إن أشهد في السرّ أنّه يقوم بها إذا قَدِمت، ففيه قولان: هل ينفعه هذا الإشهاد كما لو أعلن به واشترطه، فيكون له القيام بهذه البيّنة إذا قدمت؟ أو لا ينفعه هذا الإشهاد في السرّ لكون المدّعى عليه مكّنه من التّصرّف في ماله على جهة المعاوضة؟ ولو علم بما أودع من بيّنة أو أسرّها، لم يسلم إليه ماله، فلا يكون له القيام بالبيّنة، لأنّ تمكينه من القيام بها يوجب حلّ هذه المعاوضة. وقد قدّمنا أنّ الأصل في البياعات اللّزوم والانعقاد. وقد ذكر **ابن القاسم** فيمن أخّر من له عليه دين بشرط أنّه متى ادّعى القضاء، لم يستحلفه، واصطلحا على ذلك، أنّ هذا الاصطلاح لا يلزم. ومتى ادّعى المديان القضاء، فإنّ له استحلاف الطّالب له بالدّين. وكأنّه قدّر أنّ هذا شرط خلاف ما يوجبه الشّرع، فلم يوفّ له بشرطه.

وروي عنه أيضاً في الخصمين إذا اصطلحا على إسقاط البيّنة، أو على أنّ المدّعى عليه إن نكل عن اليمين، غرم من غير أن تردّ اليمين على المدّعي، فإنّ ذلك ماض. وهذا الشّرط أيضاً من كون النّكول يوجب الغرامة من غير ردّ اليمين، خلاف مقتضى الشّرع في الدّعاوي/ المحقّقة لا في الدّعاوي المبنيّة على التّهم. وهذا إنّما يحسن النّظر فيه إذا وقع الصّلح في هذا على معاوضة.. وأما إن لم تكن معاوضة والتزم المدّعى عليه أنّه لا يردّ اليمين وأسقط حقّه في ردّها، فإنّ هذا لا يختلف في جوازه، لأنّه إسقاط حقّ له على غير عوض، وهو كالهبة.

والجواب عن السؤال التّاسع أن يقال:

قد قرّرنا أنّ الصّلح على الإقرار بيع من البيوع، لا يختلف في ذلك. وأنّ الصّلح على الإنكار عندنا فيه قولان، والمشهور من المذهب أنّه أيضاً بيع من البيوع، لكون المدّعي تتضمّن دعواه أنّ الّذي صالح عليه إنّما أخذه على جهة المعاوضة، وإن كان المدّعى عليه ينكر ذلك. وقد تقدّم بيان هذا مبسوطاً.

فلو أنّ رجلاً استهلك لرجل سلعة، فإنّ/ الواجب عليه قيمتها، فإذا

صالحه عمّا وجب عليه من ذلك، ووجوب القيمة قد اتّفقا عليه، فإنّ ذلك يجري مجرى البيوع. وقد تقدّم فيما سلف من كتاب البيوع بيان ما يحلّ ويحرم في البيوع والمعاوضات. فإذا ثبت وجوب القيمة في هذه السلعة المستهلكة، فإنّه إن أخذ عنها عوضاً نقداً، جاز ذلك. ولكن بعد المعرفة بمقدار القيمة الواجبة لأنّها هي المبيعة بما أخذه صاحب السلعة المستهلكة. ولا يجوز لأحد أن يبيع شيئاً هو جاهل به. هذا إذا وقع البيع بجنس من الأعواض غير الجنس الّذي تقوَّم به السلعة المستهلكة. ويجب على من استهلكها أن يغرمه. وأمّا إذا أخذ من جنس ما تقوّم به السلعة المستهلكة؛ فإنّه إذا وضح عندهما أنّ المأخوذ أكثر من القيمة بالأمر البيّن أو أقلّ منها، فإنّ ذلك لا يمنع من التّراضي به، ولا يفتقر فيه إلى الوقوف على حقيقة القيمة، لأنّه ليس ها هنا معاوضة عن شيء فيفتقر إلى العلم بما وقعت المعاوضة عنه، وإنّما حصل من هذا أنّه قد وهب صاحب السلعة بعض ما يستحقّ من القيمة، أو وهب دافع القيمة أكثر ممّا يجب عليه والهبة تجوز وإن كانت مجهولة.

وهكذا لو استهلك جزافاً، فإنّ الواجب فيه القيمة. ولا يجوز أخذ عوض عنه من غير جنسه إلاّ بعد المعرفة بمقدار القيمة الواجبة فيه. وأمّا إذا أخذ من جنسه مثل أن يستهلك صبرة قمح فيأخذ من مستهلكها قمحاً أو شعيراً أو سلتامكيلا، فإن وضح أنّ الّذي أخذ من ذلك يربي على مقدار الصبرة المستهلكة لو كيلت أو ينقص عنها، لجاز ذلك، لأنّ الأمر ينتقل ها هنا إلى غرامة مكيل من جنس المكيل الّذي استهلك. ويكون ما زاد على ذلك أو قصر عنه هبة، على حسب ما قلناه، وما تقدّمت الإشارة إليه في الصّبرة إذا علم كيلها وطلب ذلك صاحبها في أن يقدم له ما تحقّق أنّها لا تقصر عنه على حسب ما تقدّم بيانه في غير هذا الكتاب. وأمّا لو تراضيا في هذه الصّبرة على غرامة قمح أو شعير أو سلت يتحرّيان كونه موافقاً لمكيلة الصبرة، لم يجز ذلك، لما فيه من المزابنة والتّجويز للوقوع في الرّبا. هذا حكم ما يصطلحان فيه على النّقد.

وأمّا إن اصطلحا على التّأجيل، فإنّ ذلك لا يجوز أيضاً إذا كان ما اتّفقا

على تأجيله من غير جنس القيمة الواجبة على المستهلك،/ لأنّ ذلك دين في دين. وأمّا إن كان اتّفقا على ما هو من جنس القيمة الواجبة، فإنّه إن كان ذلك يعلم أنّه مثل القيمة الّتي/ يقضى بها نقداً أو أقلّ من ذلك، فإنّ ذلك سائغ، لكون من وجبت له القيمة سمح بتأخير ما وجب له. وهذا معروف، والمعروف لا يمنع منه. فأمّا لو كان التّأجيل يعلم أنّه في أكثر من مقدار ما يجب من القيمة، فإنّ ذلك لا يجوز لكونه سلفاً جرّ منفعة. وذلك أنّ القيمة للسلعة المستهلكة إذا كانت عشرة دنانير مثلاً، فإنّ الواجب القضاء بها على المستهلك نقداً. فإذا رضي صاحب السلعة المستهلكة أن يأخذ عن ذلك خمسة عشر مؤجّلة، فإنّ الغارم لذلك إنّما زاد خمسة دنانير ليؤخّر بعشرة وجبت عليه. وهذا واضح تحريمه. ويجب أن يلتفت إلى عادة أهل البلد الذي استهلكت فيه، فتكون القيمة بما يتبايعون به هذه السلعة إن كانوا يتبايعونها بالدّنانير، أغرم المستهلك دنانير. وجرى تفصيل حكمها على ما قدّمناه في غرامة جنس القيمة. وإن كانت العادة عندهم بيعها بالدّراهم، كان التّقويم بالدّراهم، وجرى الأمر فيها على ما فصّلناه. فإن كان التّقويم بالدّنانير والاصطلاح على دراهم أو التّقويم بالدّراهم والاصطلاح على دنانير جرى الأمر فيها أيضاً على ما فصّلناه في المصالحة على غير الجنس.

ولو غصب عبداً فأبق، لكان لصاحبه أن يغرمه قيمته. وله أن يعدل عن تغريمه القيمة، ويسقط حقّه فيها، ويطلب عبده الآبق. وقد قيل في هذا: لا يجوز المعاوضة عن هذه القيمة بأن يطلب الآبق لأنّه كبيع آبق بقيمة مجهولة. والمشهور جواز ذلك وكون صاحب العبد مخيّراً بين طلب عبده أو طلب قيمته.

وقد انفصل عمّا أشار إليه أهل المذهب الشّاذّ بأنّ الضّرورة تدعو ها هنا إلى المسامحة بغرر. لأنّا إن منعناه من طلب عبده فكأنّا أَبَحْنَا له أو ألزمناه أن يبيعه بقيمة مجهولة. وإن منعناه من أخذ القيمة، فإنّه تركها لأمر مجهول أيضاً وهو الآبق، إذ لا يدري حاله حين هذه المصالحة مع أنّ غصبه وإباقه لا يسقط ملك سيّده عنه، والأصل بقاء ملكه عليه. وإنّما الشّرع أثبت له حقّاً على

الغاصب بأن يغرمه القيمة إذا شاء، فلا يُمنَع من إسقاط هذا الحقّ الّذي أباحت له الشّريعة طلبه ولم توجب ذلك عليه.

ولو وقع الصّلح/ في مثل هذه المسائل على الإنكار بأن يكون ادّعى رجل على رجل أنّه غصب له سلعة واستهلكها وأنكر المدّعى عليه أن يكون غصب له شيئاً، فإنّ جميع ما قدّمناه من التّفريع يعود ها هنا، لكوننا قدّمنا أنّ الصّلح على الإنكار، كالصّلح على الإقرار، فيما يحلّ ويحرم على المشهور من المذهب. وقد أورد في كتاب الصّلح من **المدوّنة** فصلاً يتعلّق بشراء المراجع. وقد تقدّم ما يتعلّق به من الكلام في هذا الفصل. ويتأخّر أيضاً فيما يرد بعد هذا من الكتاب ما يتعلّق الكلام به عليه. وهناك نبسطه إن شاء الله تعالى. لكنّا نذكر ما يتعلّق بما ذكره في هذا الكتاب. وذلك أنّه ذكر في كتاب الصّلح من **المدوّنة** أنّ من وهب جنين أمة لرجل ثمّ مات، فإنّه ليس للورثة أن يشتروا منه جنين هذه الأمة ليستعجلوا التّصرّف في رقبة الأمة. بخلاف أن يسكن رجل رجلاً داراً حياته، أو يهبه ثمر بستانه حياته، فإنّ للورثة ها هنا شراء ما وهب من سكنى أو ثمر، لأجل كونهم ممنوعين من التّصرّف في الرّقاب لِمَا تعلّق بها من حقّ الموهوب له منافعها، فدعت هذه الضّرورة إلى أن يعفى لهم عن شراء هذه الهبة، وإن كانت مجهولة لا يدري أمدها. ولم يجز ذلك لأجنبيّ/ يحاول شراءها لكونه يشتري أمراً مجهولاً لا يدري منتهاه ولا مبلغه، من غير ضرورة دعته إلى ذلك، ولادعت البائع منه. والغرر قد يسامح به إذا دعت الضّرورة إليه، ولحقت المشقّة في العدول عن ارتكابه. وها هنا بالورثة أشدّ ضرورة إلى شراء هذه الهبة ليتمكّنوا من بيع الرّقاب الّتي ورثوها، لكونهم يمنعون من بيعها لما تعلّق بها من حقّ الموهوب.

وقد أشار في **المدوّنة** إلى فروق بين محاولتهم شراء الجنين، ومحاولتهم شراء السكنى أو الثّمرة. فقال: إنّ الثّمرة والسكنى ترجع إليهم، والجنين لا مرجع له إليهم. وأشار أيضاً إلى أنّ من اشترى نخلاً أو داراً واغتلّها بوجه شبهة ثمّ استُحِقّها، فإنّه لا تردّ الغلّة. ولو كان اشترى أمة فاستُحِقّت لردّ ولدها

المسترق معها، بخلاف الثّمرة. وأيضاً فإنّ ارتهان الأجنّة لا يجوز، ويجوز ارتهان الثّمرة على ما قاله بعض أهل العلم.

وقد يستبعد ما أشار إليه من الفرق بالاستحقاق، بكون الولد في الاستحقاق يردّ ولا تردّ الثّمرة، ولكن إنّما أراد الإشارة إلى أنّ الولد كعضو من أعضائها، وكأن مشتريها بذل الثّمن على سائر أعضائها، والولد كأحد أعضائها، فصار شراء الجنين مقصوداً في نفسه يَمنَعُ الورثة من ذلك./ والغلاّت لا تردّ لكونها ليست بجزء ممّا اشتراه واغتلّه ولم تقع المعاوضة عنها، فلهذا لم ترد. فأشار بهذا إلى تصحيح قوله: إنّ الولد لا مرجع لهم فيه، وهو كأحد أجزاء ما يباع ويشترى بدليل ما قلنا في استحقاق أمّه، والثّمرة بخلاف ذلك.

وكذلك إشارته إلى جواز ارتهان الغلاّت ومنع ارتهان الأجنّة، على ما ذكره بعض أهل العلم. فإنّما أراد أنّ الغرر يتأكّد في الجنين ويعظم، ولا يُتَيقّن حصوله وملكه، ولهذا لا يؤخذ رهناً، لأنّ الرّهن إنّما يؤخذ ثقة بالحقّ، والجنين لا يكون ثقة. بخلاف الغلاّت، الّتي هي كالحاصلة في الأغلب من العادة، والغرر إذا تأكّد لم يبح للضّرورة، وإذا خفّ أبيح للضّرورة. على أنّ ابن ميسر أجاز ارتهان الأجنّة كما ترتهن الغلاّت، مع كون الغرر يدخلهما جميعاً. وهذا الارتهان إن كان بعد العقد، فلا وجه لمنعه، وإن قارن عقد بيع، فيختلف فيه، على ما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر القولين في ارتهان الغرر إذا قارن عقود البياعات، هل يفسدهما أو لا بناء على اعتبار كونه له حصّة من الثّمن أم لا؟

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّ القياس جواز شراء الورثة للجنين الموهوب، لكونهم ممنوعين من التصرّف في أمه حتّى تضع، كما منعوا من التّصرّف في رقاب النّخل أو الدّيار الموهوب منافعها وغلاّتها. لكنّه التفت إلى العذر عن التّفرقة بغير ما فرّق به في **المدوّنة**، فقال: لعلّ أمد الوضع قريب، وانتظاره لا يلحق الورثة فيه ضرر كبير، بخلاف من أعمر داره أو بستانه.

لكن قد يقدح في هذا الاعتذار عنده إجازة شراء الورثة لثمر لم يؤبّر لمّا كانوا ممنوعين من التّصرّف في رقاب النّخل، لكون الثّمرة الّتي لم تؤبّر لا يجوز استثناؤها مع كون انتظار جواز البيع قد لا يطول أيضاً. وهذا يبسط فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا نجز القول في هذا، فقد ذكر في **المدوّنة** بعده فصلاً مقتضى التّرتيب أن نورده في صدر هذا الكتاب لما تكلّمنا على الصّلح إذا وقع عن عيوب لم تثبت. والّذي أوردناه/ هناك يعاد ها هنا معناه. وتعرض ما ذكره ها هنا على الأصل الّذي قدّمناه من ذكر خلاف أو وفاق. ولا فرق بين الفصل الأوّل وبين هذا سوى أنّه مثّل في الفصل الأوّل بعبد بيع فطعن المشتري فيه بعيب، لم يقرّ به البائع، فوقع الصّلح بينهما على شيء دفعه البائع، حتّى لا يخاصَم/ في العيب ويردّ عليه به. أو دفعه المشتري حتّى لا يمنع من الرّدّ ولا يخاصم فيه. ومثّل في هذا الفصل الآخر بكون الثّمن مؤجّلاً، فذكر فيمن باع سلعة بألف درهم مؤجّلة فطعن بعيب، ثمّ أراد أن يمكّن من الرّدّ به، على أن يدفع شيئاً يضيفه إلى المبيع إذا ردّه بالعيب. فأجاز أن يدفع عرضاً مع هذا المبيع المردود إذا كان يدفع ذلك نقداً. لأنّا قد بيّنّا أنّ **ابن القاسم** يقدّر ها هنا أنّ ما وقع الصّلح به كاستئناف مبايعة ثانية. فيعتبر في ذلك ما يجوز في المبايعات وما لا يجوز. فتصوّرَ ها هنا على مقتضى هذا الأصل أنّ المشتري باع العبد الّذي ردّ بالعيب وعرضاً أخر معه بالثّمن المؤجّل عليه، وذلك غير ممنوع. ولو ردّ العبد ومعه دراهم أو ردّه ومعه دنانير، لمنع من ذلك لما يتصوّر فيه على هذا الأصل من التّحريم. لأنّه إذا ردّ معه دراهم، صار قد باع العبد ببعض الدّراهم المؤجّلة عليه، وما أضاف إليه من الدّراهم، فهي سلف منه للبائع عجّلها له قبل أجلها، وهو لا يستحقّ ذلك عليه، فلمّا كان لا يستحقّ ذلك عليه، صارت الدّراهم المعجلة كسلف منه للبائع يقبضها من نفسه من الثّمن الّذي عليه للبائع إذا حلّ الأجل. فالعبد إنّما بيع بشرط هذا الشّرط، وذلك يفسد البيع. وهذا تصوير صحيح على أصل **ابن القاسم**. لكن إذا قلنا بأحد القولين: إنّ مافي الذّمم من الدّيون المؤجّلة، تُقدَّر

كالحال، ولا يقدّر تعجيله قبل أجله سلفاً من معجّله للبائع، على حسب ما حكيناه في كتاب بيوع الآجال في مسألة الفرس. فإنّ هذا الّذي صوّرناه من التّحريم لا يصحّ.

وكذلك إن ردّ العبد ومعه دنانير، فإنّ ذلك لا يجوز أيضاً بناء على هذه الطّريقة، لكون العبد كالمبيع ببعض الثّمن المؤجّل، وردَّه مشتريه إلى بائعه ببعض ما عليه من الثّمن المؤجّل، ودفع إليه عمّا فضل عن ذلك من الثّمن المؤجّل دنانير. وتعجيل ذهب عن دراهم مؤجّلة لا يجوز، لأنّه صرف مستأخر. مع كون هذا يتصوّر فيه أيضاً البيع والصّرف، وهو ممنوع عند **ابن القاسم**.

وهذا أيضاً يقع فيه الخلاف ممّا قدّمناه في كتاب الصرف من أنّه قد وقعت رواية شاذّة بجواز أخذ دنانير عن دراهم مؤجّلة بناء أيضاً على أنّ ما في الذّمّة كالحال. وأمّا تصوير الخلاف فيه من ناحية اجتماع البيع والصّرف، فذلك ممّا قد تكرّر مراراً ذكره.

ولو كانت هذه الزّيادة من البائع أيضاً، لجرت هذا/ المجرى. فيجوز أن يدفع البائع للمشتري عرضاً نقداً حتّى لا يردّ عليه بالعيب. ويقدّر أنّ البائع كمبتدي بيع هذا العبد وعوض آخر معه يدفعه نقداً بالثّمن المؤجّل، لكون **ابن القاسم** يقدّر هذا الصّلح كاستئناف بيعة ثانية. وأمّا إن دفع البائع دنانير أو دراهم حتّى لا يردّ عليه المشتري بالعيب، فإنّ ذلك ممنوع أيضاً لهذا التّصوير الّذي صوّرناه. لأنّه يقدّر أنّه باع عبداً ودراهم، أو عبداً وذهباً بدراهم إلى أجل، وهذا يدخله الرّبا والصرف المستأخر على حسب ما قدّمناه.

ولو لم يطعن المشتري بعيب ولكن البائع سأله/ في الإقالة فلم يجبه إليها المشتري إلاّ أن يزيده دنانير أو دراهم، فإنّ ذلك يجوز على ما تقدّم بيانه وتأصيله في مسألة حمار ربيعة. وإنّما جاز ها هنا زيادة البائع ذهباً أو دراهم إذا كان ذلك عن استقالة. ومنع إذا كان ليمنع من ردّ بعيب طعن فيه المشتري، لأجل أنّ الثّمن، إذا لم يكن بالمبيع عيب، ثابت مستقرّ في الذّمّة. فيحصل من

هذا أنّ البائع كمستأنف شراء عبد بدراهم له مؤجّلة وزاد مع ذلك دراهم أو ذهباً. وهذا لا مانع منه يمنع. وأمّا في الرّدّ بالعيب فيقدّر أنّ الّذي في الذّمّة لمّا لم يتّفقا على استقراره، صارت هذه المصالحة كابتداء بيع. وإنّما استقرّ في الذّمّة بهذه المبايعة الثّانية، وهي بيع عبد وذهب بدراهم مؤجّلة، وذلك ممنوع. هذا إذا كانت الزّيادة من البائع أو المبتاع نقداً والأجل لم يحلّ.

وأمّا إن كان الأجل قد يحل(1)، فذكر في **المدوّنة** أنّه يجوز أن يزيد المشتري عرضاً أو دنانير أو دراهم حتّى يمكّنه البائع من الرّدّ بالعيب.

وهذا الجواب الّذي وقع في المساواة بين الدّنانير والدّراهم يقتضي ظاهره استواء حكمهما، وهما لا يستويان على أصل **ابن القاسم**، لأنّه إذا ردّ العبد ومعه دراهم، فكأن البائع اشتراه منه ببعض الدّراهم المؤجّلة الّتي أضافها قضاء لما فيه، وذلك غير ممنوع. فأمّا إذا زاد دنانير، فإنّه يتصوّر في ذلك اجتماع بيع وصرف، لكون العبد دفع عن بعض الدّراهم المؤجّلة، والدّنانير الّتي أضيفت إليه دفعت عن الدّراهم الّتي حلّ أجلها. وهذا بيع وصرف. إلاّ أن يكون ذلك يسيراً ممّا يجوز أن يجتمع مع البيع. ولمّا كان مذهب **ابن القاسم** المنع من البيع والصّرف دعا ذلك الشّيخ **أبا محمّد/ بن أبي زيد** إلى أن أصلح هذا الإطلاق في اختصار **المدوّنة**، فقال: لا بأس أن يزيده عرضاً أو عيناً من جنس الثّمن الّذي عليه. فغيّر نقل ما في الكتاب لما اقتضاه عنده أصلُ ابن القاسم. على أنّه لو أبقي على ظاهره، لكان ذلك جارياً على مذهب من أجاز البيع والصّرف. وهذا واضح في الزّيادة إذا وقعت على النّقد من جانب البائع أو جانب المشتري.

وأمّا إذا وقعت مؤجّلة، مثل أن يزيد المشتري للبائع عرضاً مؤجّلاً، والأجل لم يحلّ، فإنّ ذلك ممنوع، لكونه بيع دين وهو بعض الثّمن المؤجّل بعرض مؤجّل. وكذلك لو حلّ الأجل، لمنع من زيادة عرض مؤجّل، لكون العرض المؤجّل دفع عن بعض الثّمن الّذي حلّ، فيتصوّر فيه فسخ الدّين في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حلّ.

الدّين، وذلك ممنوع. وهذا كلّه يعلم حكمه ممّا قدّمناه في الفصل المذكور في أوّل الكتاب. وكذلك يعلم أيضاً حكم الصّلح على هذا العيب بعد فوات العبد ممّا قدّمناه.

وذكر غير **ابن القاسم** في **المدوّنة** في هذا الكتاب أنّ العبد إذا فات بعتق أو تدبير أو موت فدفع البائع للمبتاع دراهم، أنّ ذلك لا يجوز، لكونه سلفاً من البائع للمبتاع. وأنكر الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** هذا الإطلاق، وأشار إلى أن الحكم أنّ يُحَطّ إلاّ من الثّمن المؤجّل مقدار ما يقابل العيب من الثّمن، ويبقى ما سوى ذلك في ذمة المشتري إلى أجله، فإذا كان هذا العبد بِيع بألف درهم مَثَلاً، مؤجّلة. وكان ما ينوب العيب عشر الثمن، فإنّ مائة درهم تسقط عن المشتري ويبقى عليه تسع مائة. فإذا كان البائع قد عجّل للمشتري هذه المائة، الّتي الحكم إسقاطها عنه، فإذا حلّ الأجل، دفع التّسع مائة وأخذ المائة الباقية عوضاً عن المائة الّتي أسلفها/ فإنّ هذا لا مانع يمنع منه. وكذلك لو كان يأخذ أقلّ ممّا أسلف. لأنّ السلف بخسارة لا يمنع. وإنّما يمنع السلف بزيادة. فإذا تصوّر ها هنا أن يكون عجّل للبائع هذه الدّراهم لترجع إليه من مقدار العيب من الثّمن أكثر ممّا أسلف وعجّل. مثل أن يكون الواجب أن يسقط عن العيب مائة درهم من الألف، فعجّل البائع خمسين درهماً ليأخذ الألف كلّها، فإنّ هذا الوجه ممنوع.

وأشار الشّيخ **أبو الحسن بن القابسي** إلى أنّ المنفعة ليست من الزّيادة في السلف أو النّقص منه، فليعتبر ذلك. ولكن من ناحية أنّ البائع بادر بذلك وقبله منه المشتري حتّى لا يكشفا عن هذا العيب، ويتخاصما فيه. فربّما/ كان الخصام فيه يكشف أنّ الأمر بخلاف ما تراضيا عليه. فصارت هذه منفعة حاصلة وهي رفع الخصام بينهما، ولأجلها وقع السلف. والسلف إذا جرّ نفعاً منع، كان النّفع مالاً أو غير مال.

وتعليله هذا يقتضي المنع من هذا على كلّ حال. وتعليل الشّيخ **أبي محمّد**

يقتضي كون المنع مقصوراً على وجه واحد، وهو كون هذا السلف يفيد مسلفه أكثر ممّا أسلف.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

سئل **ابن القاسم في المدوّنة** عن من دفع دراهم لمشتري عبد منه على أن يبرئه من عيوبه بعد انعقاد البيع. فقال: سئل **مالك** عن من تبرّأ من عيب بدابّة باعها أو مشش بيديها، في العقد، أنّ **ذلك** لا يبرئه حتّى يبين العيب. ونقل من اختصر في **المدوّنة** هذا الجواب فأضاف إلى التّبرّي من مشَش بالدّابّة العبدَ، فقال: لا يبرأ من تبرّأ في العقد من عيوب العبد أو مشش بالدّابّة حتّى يبيّنه.

وهذا الّذي أضافه المختصرون إلى **المدوّنة** خلاف المشهور من مذهب **مالك في المدوّنة**. لأنّه أجاز البراءة من عيوب الرّقيق خاصّة، ومنعها من الحيوان البهيميّ. والّذي نقله المختصرون ها هنا من المساواة بين العبد والدّابّة خلاف المشهور عن **مالك في المدوّنة**. وإنّما يصحّ هذا الجمع والمساواة بين العبد والدّابّة على القول: إنّ البراءة لا تنفع في رقيق ولا حيوان سواه(1). وهذه المسألة يلتفت إلى النّظر في ما تجوز فيه البراءة من العيوب في أصل العقد. ثمّ بعد ذلك يلتفت إلى أصل آخر وهو النّظر فيما عقد في المبيع بعد انبرام العقد فيه، هل يقدّرُ أنّ العقد وقع عليه، وإن تأخّر عنه، أوْ لا يضاف إلى العقد الأوّل ويكون له حكم نفسه؟ فإذا قلنا بالمساواة بين العبد والدّابّة في جواز البراءة من العيوب في أصل العقد، وقلنا: إنّ ما بعد العقود يقدّر أنّه قارن العقد، فإنّ المعاوضة على البراءة من العيوب تصحّ بعد العقد كما صحّت في العقد، ويستوي في ذلك العبد والدّابّة. وإن قلنا: إنّ الّذي يفعل بعد العقد لا يضاف إلى العقد وله حكم نفسه، فإنّ هذه المعاوضة تمنع في العبد والدّابّة جميعاً. وإن خصّصنا جواز البراءة بالرّقيق خاصّة، جرت المعاوضة بعد العقد على القولين المذكورين في إلحاق ما بعد العقد بالعقد على حسب ما اختلف فيه في

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سواء.

اشتراء ثمرة قبل الزّهو/ على التّبقية، وقد سبق العقد على النّخل مجرّدة. وكذلك العقد على مال العبد، وقد سبق العقد على العبد مجرّداً من ماله. وفي **الموّازيّة لأصبغ** جواز المعاوضة على البراءة من عيوب العبد بعد العقد. وهكذا ذكر **ابن حبيب** فيمن باع جارية/ أو عبداً ثمّ دفع البائع ديناراً ليبرأ من عيوبها، أنّ ذلك يجوز في الجارية لجواز البراءة فيها في أصل العقد، ولا يجوز ذلك في الدّابّة لمنع البراءة فيها في أصل العقد. ولعلّه إنّما ذكر في **المدوّنة** البراءة من عيب الدّابّة خاصّة ليشير إلى أنّ ما بعد العقد يمنع في العبد كما منعت البراءة في الدّابّة في أصل العقد. فأشار إلى المساواة بينهما في البراءة بعد العقد لا إلى المساواة بينهما في البراءة في أصل العقد.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال:

ذكر في المدوّنة في رجل له على رجل دراهم، نسيا جميعاً مبلغَها، أنّ الصّلح يجوز عنها بعرض أو دنانير أو دراهم ويتحالاّن، ومغمز التقيّة فيه واحد. فأشار بهذا اللّفظ إلى أنّ الجهالة تمنع من صحّة المعاوضة، لكون المجهول لا يصحّ بيعه ولا شراؤه. ولكنّ هذا في مجهول يمكن رفع الجهالة فيه بِعُدُولِهِمَا، مع إمكان العلم به، إلى المعاوضة على جهل به خطر وغرر. فصارت هذه ضرورة تلجىء إلى العفو عن هذا الغرر. والغرر قد يعفى عنه لمشقّة التحرّز منه. فما لا يمكن العدول عنه أحْرى أن يعفى عنه. لكن وإن استوى حكم الجهل فيما ذكره من الأصناف المصالح بها من عرض ودنانير ودراهم، فإنّ العرض والدّنانير إذا صولح بها عن دراهم لا يتصوّر فيها الرّبا، وإذا صولح عن دراهم مجهولة بدراهم أمكن في هذه المعاوضة أن يقعا في الرّبا، وهو بيع دراهم بأكثر منها. ولهذا أشار أنّ هذه الدّراهم وإن زاد فيها معنى من التّحريم آخر، فإنّ ذلك لا يؤثّر ها هنا، لكونهما لم يقصدا إلى التّفاضل والرّبا، ولا يقدران أبداً على العلم بأنّهما سلما منه، فعفي عن هذا أيضاً كما عفي عن الجهالة بالمبيع ها هنا مع كون هذا قد لا يتصوّر فيه الرّبا. لأنّ ما اصطلحا عليه من الدّراهم إن صادف ذلك كون المصالح به مثل المصالح عنه في المقدار سواء

بسواء، فلا ربا ها هنا. وإن اتّفق أن يكون إحداهما أكثر من الأخرى، فإنّ من عليه دراهم يجوز أن يقضي أقلّ منها/ [1] ويكون صاحب الحقّ واهباً لبعض حقّه. ويجوز أن يقضي أكثر منها على شروط تقدّم ذكرها في ما قبل هذا الكتاب. واشترط في **المدوّنة** في جواز هذا الصّلح أن يكون ما يصالح به يؤخذ نقداً، ولا يجوز المصالحة على تأخيره. وهذا الّذي قاله واضح إذا وقع الصّلح بجنس غير الدّراهم الّتي نسيا مبلغها، فإنّ ذلك فسخ دين في دين، ولم تدع الضّرورة إلى العفو عنه. وأمّا إن وقع الصّلح بدراهم هي من سكّة الدّراهم المجهول مبلغها، وفي الجودة مثلها، فإنّ ذلك يجوز إذا تحقّق المصطلحان أنّ الدّراهم المنسيّة أكثر ممّا اصطلحا عليه، لأنّ المصالح يحسن[2] النّقص في المقدار والتّأخير والإنظار. وأمّا إذا كانت الدّراهم المصالح بها لا يتيقّنان أنّها أقلّ ممّا نسياه أو يشكّان هل هي أكثر أو أقلّ، فإنّ الإنظار لا يجوز لكونهما يقعان[2]. وقد يقعان في زيادة على الواجب بسبب التّأخير والإنظار، فيكون ذلك سلفاً جرّ منفعة. وقد قال **أشهب**: إنّ الدّرهم المستهلك يجوز الصّلح عنه بدرهم ما كان. وهذا إن أراد به جواز ذلك على أيّ حال، كان الدّرهم المصالح به من زيادة على المستهلك/ أو نقصان فإنّ ذلك سائغ كما قدّمناه وبيّنّا العذر عنه. وإن أراد أنّ الصّلح عن ذلك يجوز بدرهم يعلم أنّه خلاف سكّة الأوّل، فإنّ هذا يمكن أن يقعا فيه في الرّبا بأن يكون المصالح عنه أدنى في الجودة وأكثر وزناً، أو أعلى في الجودة وأقلّ وزناً. ومثل هذا يمنع لما فيه من الرّبا. وتجويز الوقوع في الرّبا كالتّيقّن له في المنع من ذلك. وقد اعتذر **أشهب** عمّا قاله من هذا الإطلاق بأنهما لم يقصدا المقامرة والخطار. والمقصود تغيّر أحكام العقود على حسب ما ذكرناه في كتاب الصّرف في بدل الدّرهم السَّتُّوق[3] بالدّرهم الطّيّب. وأشرنا إلى التّعليل بأنّهما لم يقصدا إلى التّفاضل. وقد قال ها هنا في كتاب

---

(1) غير موجودة بنسخة المدنية مع صفحة 554.

(2) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب محسن بالنقص.

(3) المبهرج أنظر القاموس: ستّوق. وهو معرب. أنظر المعرب للجواليقي: 251.

الصّلح **ابن القاسم**: إنّ **مالكاً** كره أن يصالح عن دراهم جياد بدراهم زيوف، وهي المخمول عليها النّحاس أو بدراهم مبهرجة. قال: وكره البيع بها والشّراء ورأى أنْ تُقطَع. ثمّ ذكر أنّه لم يتحقّق هل كره **مالك** هذا للصيارفة خاصّة لأنّ سؤاله عنهم وقع، أو كرهت لجميع النّاس. قال **ابن القاسم**: وأرى جواز **ذلك** إذا لم يغرّبها أحداً وقطعها. فأشار أيضاً في هذا الكلام إلى المنع من جهة التّغرير والتّدليس لا من جهة التّفاضل.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال:

ذكر في **المدوّنة**، فيمن له على رجل قفيز قمح من قرض وعشرة دراهم، أنّ له أن يصالحه على أحد عشر درهماً. لكون العشرة دراهم قضاء عن العشرة الّتي في الذّمّة، والدّرهم الحادي عشر ثمنَ القفيز القرض. وبيع طعام القرض قبل قبضه جائز.

وهذا الّذي قاله يشترط فيه كون الدّراهم الّتي في الذّمّة قد حلّت. فيجوز حينئذٍ بيع القفيز القمح بالدّرهم حلّ أجل القرض أو لم يحلّ.

ولو كانت الدّراهم لم يحلّ أجلها، لم يجز ذلك، لكون البيع للقفيز القرض بالدّرهم إنّما عقد على تعجيل دراهم قبل أجلها، وتعجيلها قبل أجلها سلف، والبيع والسلف لا يجوز.

وذكر أيضاً، فيمن له على رجل مائة دينار ومائة درهم، أنّه يجوز لهما أن يصطلحا على مائة دينار ودرهم. لأنّه يقدّر أنّه قضاه المائة دينار، وأخذ درهماً واحداً من مائة درهم. فهو واهب لحقه في الدّراهم. ويجوز تأخير هذا الدّرهم أو تقْدمته. قال: بخلاف التّعاوض بذهب وفضّة بمثلها مراطلة أو عدداً، لأنّ هذا تبايع، ولكلّ واحد من الجنسين حصّة في الجنس المقابلة له ولصاحبه. وقد تقدّم بيان هذا في كتاب الصّرف.

ولو كانت المصالحة على مائة دينار ودينار، فإنّ تأخير الدّينار الزّائد على المائة لا يجوز؛ لكونه صرفاً عن المائة الدّرهم الّتي أسقطها، والصّرف لا يحلّ فيه التّأخير.

ولو أنّ لرجل على رجل ألف درهم فقال: إن جئتني بها رأس الشّهر، هضمت عنك منها مائة، فإنّ ذلك جائز لازم لهما. لكن إن تأخّر عن الشهر بالأمر البعيد، فإنّ الوضيعة لا تلزم، لأنّها معلّقة بشرط، والشّرط ها هنا قد فقد بالتّأخير الكثير. لكن لو أتى بها بعد الأجل بالقرب كاليوم، فإنّ **مطرّفاً** حكى عن **مالك** أنّ الوضيعة لازمة. كمن أتى بأضحية أسلم إليه فيها بعد أيّام الإضحى بيوم، فإنّ من له السلم لا مقال له. ولو أتى بها بعد أيّام الأضاحي بزمن بعيد، لم تلزم. وذهب **أصبغ** وغيره إلى أنّ الوضيعة لا تلزم، وإن أتى بالدّين بقرب الأجل/ الّذي أجل له في الهضيمة.

وكذلك على هذا الأسلوب جرى الخلاف بينه وبين مالك إذا أتى بالدّين ناقصاً منه مقدارٌمَا لا بال له، فإنّ مالكاً رضي الله عنه ألزم الوضيعة، وأصبغ لم يلزمها.

والّذي قاله **أصبغ** هو الأصل على مقتضى اللّفظ الّذي وقع بينهما. والّذي قاله **مالك** جنح فيه إلى مراعاة القصود دون الألفاظ. والقصد في مثل هذا أن لا يمطل بالحقّ عن الأجل الّذي أجل له مطلاً كثيراً، ولا ينقص عن مقدار الدّين أيضاً نقصاً كبيراً.

ولو صحّ أنّ هذا القصد عليه وقعت الهضيمة وهو مرادهما باللّفظ، لم يختلف في ذلك كما لو صرّحا به.

وقد أشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى تعقّب ما قال **مطرف** في الأضاحي. وقال: فإنّ الإتيان بها بعد اليوم الواحد من أيّام الأضاحي هو أولى بأن لا يلزم من له السلم، لكون اللّحم حينئذٍ لا يراد ولا يرغب في شرائه. وإذا بعد الزّمن، عادت الرّغبة فيه. وأشار إلى أنّ القياس كون السلم المعلّق بالذّمّة لا يتغيّر بتغيّر الأزمنة حكمه، لأنّه لو عقد على أنّه ينحلّ لطروّ تغيّر في الزّمن، لفسد العقد. كما لو وقع السلم في الشدّة فأتى المسلم إليه بالطّعام في الرّخاء، (فإن تلوّن هذه الحالة وكون الطّعام في زمن الرّخاء لا تعظم الرّغبة فيه)[1].

(1) هكذا في جميع النسخ.

وهذا الّذي أشار إليه من الاستدلال بتلوّن الحال بالشّدّة والرّخاء كنّا قدّمنا في كتاب الصّرف ذكره لما تكلّمنا على من باع بدراهم فقطعت، هل يلزم البائع قبولها وإن فسدت أو لا يلزمه ذلك؟ وذكرت مذهب شيخنا **أبي محمّد عبد الحميد** وأنّه كان يرى الرّجوع إلى القيمة أولى. وكون شيخنا **أبي الحسن المعروف باللّخمي** أنكر هذا المذهب، واحتجّ بأنّه يلزمه عليه بطلان السلم إذا وقع في زمن الشّدّة ثمّ حلّ الأجل في زمن الرّخاء، وأتى به المسلم إليه. وأنّي خاطبته على ذلك، وأشرت إلى المنع من هذا الاستدلال لكون السلم إنّما يجوز بشرط أن يكون إلى أجل تختلف الأسواق فيه. فمبنى جوازه على مراعاة اختلاف الأسواق. فلو جعلنا اختلافها مفسداً له لكنّا تناقضنا. وإذا اصطلح أحد الخصمين مع صاحبه على أنّه إن لم يوافه يوم كذا إلى المحاكمة فكراء دابّته عليه فلم يوافه، فإنّ هذا الشّرط لازم. وهذا الّذي قيل ها هنا بناء على أنّ من أدخل رجلاً بوعده في خسارة، فإنّ ذلك يلزمه. وقد تقدّم بيان هذا في غير هذا الموضع.

تمّ والحمد لله كثيراً

كتاب الوديعة

بسم الله الرّحمان الرّحيم
صلّى الله على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم
كتاب الوديعة

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله:

الوديعة أمانة محضة، لا تضمن إلاّ بالتعدّي. والقول قول المودَع في تلفها على الإطلاق مع يمينه، وفي ردّها. إلاّ أن يكون قبضها ببيّنة، فلا يقبل منه إلاّ ببيّنة. وليس له أن يودعها غيره إلاّ من ضرورة، ويضمَن أن أودعها[1]. وليس له أن يسافر بها على كلّ وجه. إلاّ أن تكون في السفر، فعرضت له إقامة، فله أن يبعثها مع غيره ولا ضمان عليه. وإذا أنفقها أو بعضها/ ردّ قدر ما أنفق وسقط عنه الضّمان. إلاّ أن يكون المردود قيمة فقيل: الضّمان باق.

قال الفقيه الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ هل يباح الإيداع أم لا؟

2 ـ وما الدّليل على سقوط الضّمان في الوديعة؟

3 ـ وهل يشترط في رفع الضّمان استدامة الحقّ للمودع؟

4 ـ وما الحكم في تلف الوديعة؟

5 ـ وما حكم تسليم الوديعة لغيره؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

استدلّ العلماء على جواز الإيداع بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟

---

(1) في المغربية: ويضمن إن أودعها من غير ضرورة، ويضمن إن أودعها من غير عذر.

ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾[1] وبقوله تعالى: ﴿ فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ ﴾[2] . وهذا الاستدلال لا يستقلّ بمجرّده. لأنّ قصارى ما فيه الأمر بردّ الوديعة. وردّها غير قبولها. ويصحّ أن يؤمر بردّ ما قبوله حرام. لكن ترك التعرّض لذكر أصل الإيداع يقتضي كونه غير محرم. إذ لو كان حراماً، لنبّه عليه. وكذلك قوله تعالى في الأوصياء ﴿ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾[3] ومال اليتيم في يد من يليه على جهة الأمانة والإيداع وفيه أيضاً ما ذكرناه من كونه أمَر بردّ الوديعة.

وأمّا قوله تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ ﴾[4]. ففيه إثبات الوكالة. والمال في يد الوكيل على جهة الإيداع. لكن قصارى ما في هذا أنّ أصحاب الكهف الظّاهر من حالهم أنّهم ما فعلوا ذلك إلاّ وهو مباح في شرعهم. وفي الاستدلال بشرع من كان قبلنا خلاف بين الأصوليين.

ولمّا ذكرنا إباحة الإيداع من حيث الجملة، فمن شرط الإباحة أن يكون قابض المال على جهة الإيداع مأموناً عليه. وأمّا إن كان الغالب منه أنّه لا يوفّي بأمانته ولا يردّه/ إلى صاحبه، إمّا بجحوده إيّاه وإمّا بدعوى ضياعه، فإنّ هذا لا تصحّ فيه الإباحة، إمّا لكون اليمين تلزمه فيحلف كاذباً فيكون دافع الوديعة سبباً في حمل هذا على ما لا يحلّ من اقتطاع حقّ مال مسلم بيمينه. على أنّ هذا التّعليل قد يعترض لكون البياعات تصحّ بغير شهادة عموماً في سائر النّاس. وإن كان الإشهاد يستحبّ، وتركه مكروه ولكنّ الكراهة تتقاصر عن التّحريم. وأيضاً فإنّ البياعات تدعو إليها الضّرورات في المعاملات. وقد لا يربح البائع إلاّ في معاملة غير ثقة بخلاف الإيداع. وقد عُلّل هذا الاشتراط بأنّ في إيداع مَن الغالب أنّه لا يردّ الوديعة إضاعة المال. وقد نصّ النبيّ ﷺ نص في البخاري ومسلم عن

---

(1) النساء: 58.
(2) البقرة: 283.
(3) النساء: 6.
(4) الكهف: 19.

النهي عن إضاعة المال[1]. وهذا أيضاً قد يقال فيه: إنّ له أن يهب ماله لغير ثقة، ولمن يتلفه في اللّذّات المباحة. فإذا كان هذا لا يَحْرُم الإيداع لغير ثقة. لكنّ الواهب قصد الملك للموهوب له المالُ. ومن ملَّك المالَ مالكُه يفعل فيه ما يشاء من الأمور المباحة. وهذا المودع لماله لم يقصد تمليك ماله المودع، وإنّما قصد صيانته، وصيانته في هذا الوجه سبب إضاعته. فنهى عن ذلك لأجل القضيّة الّتي ذكرناها.

وقد منع **أصبغ** من أتى بلطْخ في جارية، أن يضع قيمتها ويسافر بها ليثبت ملكه لها، ورأى أنّ ذلك معونة على ما لا يجوز من وطئها. وإن كان في **المدوّنة** تمكينه من ذلك على الجملة للضّرورة والحاجة إلى صيانة الأموال على أربابها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد تقرّر الاتّفاق على أنّ من أسلف رجلاً مالاً فضاع المال في يد المستسلف/ فإنّه ضامن. كما حصل الاتّفاق على أنّ الوديعة غير مضمونة وتستنبط من ذلك علّة الضّمان والتّبرية.

فوجدنا الوديعة ملك صاحبها، فكان ضمانها منه. لكون هذه العلّة مركبة عند العلماء من هذا الوصف ومن وصف آخر وهو حصول المنفعة، فإنّ المنتفع بالمال ينبغي أيضاً أن يضمنه، والوديعة لا منفعة فيها على قابضها على حال.

فاجتمع فيها وصفان يحسنان في نفي الضّمان. وهو كون المال غير مملوك للمودع ولا منفعة له فيه. كما حصل في القرض وصفان لا يحصل معهما نفي التّضمين، وهو انتقال الملك لِلْمستسلف وانفراده بالمنفعة في السلف. والمنفعة/ بالسلف[2] تقرّر الأصلين لأحد الرّجلين بالكلّية لا يشاركه الآخر فيها. وقد نبّه القاضي **إسماعيل** على هذا التّعليل فذكر أنّ الوديعة لا منفعة فيها لمن هي في يديه على حال، فلهذا لم يضمن. قال: وكذلك القراض لأنّ جلّ المنفعة فيه لربّ المال. وكذلك الشّيء المستأجر لا يضمن لأنّ عُظْم منفعته لمن أجّره. فكأنّه تحقّق ما أشار إليه تعلّق

---

(1) إكمال الإكمال: 5/13 - فتح الباري: 13/9-11.

(2) في و: تقرر في تقرر.

الضّمان بالمنفعة، وقد عدمت بالكليّة في حقّ من المال في يديه وديعة.

وأمّا القراض فمنفعة العامل به غير متيقّنة لأنّه قد لا يربح. فأُجْريَ الشّكّ في المنفعة وحصولها مجرى اليقين لعدمها. فقاس ذلك على الوديعة.

وأمّا الشّيء المستأجر ففيه منفعة محقّقة لدافعه ولآخذه. ولكنّه رأى أنّ جلّها لدافعه، فأجرى الجلّ مجرى الكلّ فردّها إلى الوديعة، وهذا بناه على القول المشهور عندنا في الشّيء المستأجر أنّه غير مضمون.

وأمّا الرّهن والعارية والصناع:

فإنّ المنفعة مشتركة في الرّهن عندنا بين دافعه وقابضه. ولكن جلّها لقابضه يضمنه إذا كان يغاب عليه. ورأى **الشّافعي** أنّ جلّها لدافعها، فلم يضمنه لقابضه، مع كون الوصف الآخر الّذي هو عدم انتقال الملك حاصل كحصول ذلك في الوديعة. وقد تكلّمنا على سبب الخلاف في ضمان الرّهان بيننا وبينه. وأشبعنا القول في كتاب الرّهن.

وكذلك العارية وأحكام الصّناع يبسط القول في ذلك في موضعه إن شاء الله عزّ وجلّ.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال:

قد تقرّر أنّ الضّمان إنّما ارتفع في الوديعة عن حائزها لكون حوزه لها لا لمنفعة نفسه على حال.

ولو تسلّف رجل الوديعة الّتي عنده وهي ممّا لا يراد بعينه كالدّنانير والدّراهم يتسلّفها ثمّ يردّها، وأخرجها من ذمّته إلى أمانته على حسب ما كانت عليه قبل أن يتسلّفها، فهل يسقط عنه الضّمان إذا ضاعت بعد أن ردّها إلى أمانته وانتفاء الضّمان حتّى تصل إلى ربّها؟ فهذا ممّا اختلف فيه قول **مالك** رضي الله عنه واختلف أصحابه. فالمشهور عنه وعليه أكثر أصحابه أنّ الضّمان يسقط عنه لإخراجها من ذمّته وردّها إلى أمانته. وهكذا روى المصريّون عنه. وهو اختيار **ابن القاسم وأشهب**. ورواه **ابن عبد الحكم وأصبغ**. وروى عنه المدنيّون أنّ

الضّمان لا يسقط إذا/ ضاعت بعد أن ردّها إلى أمانته. واختاروا من قوله ما رووه عنه. وإلى هذا ذهب **الشّافعي وأبو حنيفة**.

وسبب الاختلاف/ الالتفات في هذه المسألة إلى تسلّف الوديعة، هل يَجُوز أو يمنع؟ والحكم فيه يتفصّل.

فإنّ من بيده الوديعة[1] لا يقدر على ردّها لصاحبها عند مطالبته له بها، فإنّه لا يختلف في تسلّفها ـ وهو على هذه الحالة ـ أنّه يمنع. فإنّ هذا كأكل مال إنسان بغير اختياره وبغير عوض، ولا خفاء في تحريم ذلك.

وأمّا إن كان الحائز للوديعة موسراً، فإنّ المذهب فيه اختلاف في إباحة السلف من غير إذن لعذر المودع له في ذلك. **فابن القصّار** من أصحابنا يشير إلى أنّ الإباحة متّفق عليها. ولكنّه أشار بذلك إلى الصّدر الأوّل. فقال إنّ ابن **عمر** رضي الله عنه **وعائشة** رضي الله عنها تسلّفا من أموال أيتام في ولايتهما، ولم ينكر ذلك عليهما أحد، وصار ذلك كالإجماع. وهذا الّذي قاله قد علم اختلاف الأصوليين فيه[2] مذهب في مسائل الفروع لبعض الصّحابة. وسكت الباقون عن إنكاره يكون سكوتهم كالموافقة لأصحاب المذهب أو لا يكون سكوتهم موافقة، على ما بيّناه فيما أمليناه في أصول الفقه.

والنّكتة النّظريّة الّتي يدور عليها هذا الخلاف أن تعلم أنّ المودع إن صرّح بالإذن لحائز الوديعة في أن يتسلفها، فإنّ ذلك لا يختلف فيه في كون السلف لها مباحاً، لحصول الإذن فيه قطعاً. وإن نهاه عن تسلّفها، فلا يختلف فيه أيضاً في أنّ التسلّف ممنوع مع كون المنع مشترطاً في أصل الإيداع. وهذا هو مقتضى الأصول. لكن قد اختلف المذهب عندنا في اشتراط ما لا يفيد، هل يقضى به على من اشترط عليه أم لا؟ وقد نبّهنا على ذلك في كتاب[3]. ولكن قد يتصوّر

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب إضافة: [إن كان] ليستقيم الكلام.

(2) بياض بالنسختين مقدار ست كلمات.

(3) بياض بالنسختين مقدار كلمتين.

فهرس مواضيع المجلدات الثلاثة

الفهارس العامة



فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	الحديث
315	«إن صدقا وبينا بورك لهما وإن سكتا وكتما محقت بركة بيعهما». متفق عليه
265	«أنكر ﷺ على عامل خيبر بيع الصاع بالصاعين وأنه قال في الميزان مثل ذلك». فتح الباري
609	«إن البائع بالخيار إذا أتى السوق». مسلم
951	«إن الذي حرم شربها حرم بيعها». الموطأ
261/260	«إنما الربا في النسيئة». إرواء الغليل
615/614/724	«إنه عليه السلام مر بصبرة طعام فأدخل يده فيها فنال أصابعه بلل . . . . فقال: من غشنا فليس منا». مسلم
712	«إنها ملعونة». فتح الباري
295/294	«أينقص الرطب إذا جف؟ قالوا نعم! قال: فلا إذن». الموطأ

ب

رقم الصفحة	الحديث
282	«البر بالبر والشعير بالشعير مثلاً بمثل يداً بيد. . . فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان ذلك يداً بيد». متفق عليه
426	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر». فتح الباري
528	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا مكانهما». فتح الباري
529	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن افترقا فقد وجب البيع». فتح الباري
530	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله». فتح الباري
39/37	«البينة على المدعي واليمين على من أنكر». فتح القدير نصب الراية

رقم الصفحة	الحديث
17	«كانت الصحابة يبتاعون الثمار جزافاً». البخاري
170/ 173	«كانوا يضربون على عهد النبي ﷺ، أن يبيعوا الطعام الذي اشتروه جزافاً قبل أن ينقلوه». مسلم

ل

967	«لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً». فتح الباري
715	«لعل عرقاً نزعه». فتح الباري
259	«لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه». أبو داود
951	«لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها». البخاري
258	«لما أنزلت آية الربا قام النبي ﷺ فحرم التجارة في الخمر». تحفة الأشراف
1012	«لما قيل يا رسول الله سعر لنا قال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني أرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يتبعني بمظلمة في دم أو مال». الترمذي
699	«ليس لعرق ظالم حق». الموطأ

لا

278	«لا تأكلي الطين فإنه يصفر اللون».
267	«لا تبيعوا البر إلا مثلاً بمثل».
259/ 260	«لا تبيعوا الذهب إلا مثلاً بمثل». الموطأ
261	«لا تبيعوا غائباً بناجز». المعلم
1016	«لا تتلقوا الركبان لبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا

فهرس الأعلام

الأعلام الذين عرفنا بهم التعريف المختصر في الجزء الأول المجلد الثالث نحيل على الصفحة التي تم التعريف بهم فيها. والأعلام التي لم يسبق التعريف بهم نتبع أسماءهم بتعريف موجز مع الإحالة على المصدر الذي اعتمدناه.

وكلما ورد الاسم أكثر من مرة في نفس الصفحة أتبعنا رقم الصفحة بالعلامة التالية (*) كما جرينا على وضع الاسم قبل الكنية تيسيراً للمراجعة.

308 _ 425 _ 620 _ 642 _ 673* _ 991 _ 997 _ 1018 _ 1037 _ 1048

ـ أحمد بن سعيد القزويني: له كتاب في الخلاف نحو مائة جزء ت سنة 390 ونيف المدارك ج 4 ص 604 وفي شجرة النور الزكية: لم أقف على تاريخ وفاته ص 103

990 _ 999 _ 1025 _ 1032* _

ـ أحمد أبو الطيب المتنبي الشاعر

428

ـ أحمد بن المعذل: (1247) 521 _ 522 _ 684 _ 688* _

ـ إسحق: ذكر في الخلاف مع مالك والشافعي وأحمد. لعله إسحق بن راهويه انظر في ترجمته تقريب التهذيب ص 126

989 _ 991

ـ أسامة بن زيد: الصحابي (1248)

128 _ 260

ـ إسماعيل بن إسحق القاضي (1249)

50 _ 246 _ 381* _ 438* _ 440 _ 660 _ 475 _ 618 _ 792 _ 1129

أشهب أبو عمر مسكين (1250)

8* _ 10* _ 13* _ 23 _ 36 _ 40 _ 48* _ 79 _ 95 _ 96 _ 102* _

108 _ 116* _ 117 _ 136 _ 157 _ 172 _ 181 _ 190 _ 207 _ 208 _

213 _ 221 _ 223 _ 224 _ 225* _ 226 _ 227* _ 228 _ 236 _

237 _ 239 _ 245 _ 250 _ 252* _ 288 _ 289 _ 290* _ 298 _

300 _ 329 _ 340 _ 343 _ 358 _ 370 _ 374* _ 404 _ 406* _

411 _ 449 _ 454 _ 456* _ 460* _ 482 _ 483* _ 484 _ 485 _

486 _ 494 _ 495 _ 496 _ 503* _ 521* _ 522* _ 524* _ 525 _

534 _ 540 _ 543 _ 544* _ 547 _ 549 _ 570 _ 571* _ 574

576* _ 577* _ 579* _ 582 _ 591 _ 592 _ 593* _ 594 _ 605 _

ب

ت

ج

ح

خ

د

س

ـ سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم أحد الفقهاء السبعة
1011

ـ سمرة بن جندب بن هلال الفزاري الصحابي ـ ت ـ سنة 58 أو 59 وقيل في أوائل سنة 60 الإصابة ج2 ص 78/ 79 ترجمة 3475 تهذيب التهذيب ص 416 رقم 2645
765

ـ سهل بن سعد بن مالك بن خالد بن الأنصاري الخزرجي الساعدي له ولأبيه صحبة. المعمر ـ ت ـ سنة 88 تهذيب التهذيب ص 419 رقم 2637
248

ـ سيف الدولة الحمداني = علي أبو الحسن بن حمدان
428

ـ ابن سيرين = محمد أبو بكر بن سيرين

ش

ـ ابن شبرمة = عبد الله بن شبرمة

ـ ابن شبلون = عبد الخالق بن خلف

ـ شريح أبو أمية بن الحرث الكندي (1274)
62 ـ 697

ـ ابن شريح = هكذا كتب ولم أجد له ترجمة فيما بين يدي من كتب طبقات الشافعية ولعله أبو العباس بن سريج
567 ـ 617

ـ ابن شعبان = محمد بن القاسم بن شعبان

ـ الشيخ أبو محمد = عبد الله بن أبي زيد

ـ ابن شفاعة = لم أعثر على ترجمته
722

ص

ط

ع

373_374 _ 375 _ 381 _ 382 _ 384* _ 397 _ 404 _ 406 _ 413 _
422 _ 425 _ 426 _ 441* _ 449 _ 454* _ 455 _ 460* _ 467 _
475_482 _ 483 _ 484 _ 485 _ 486* _ 494 _ 495 _ 503 _ 511 _
543* _ 544* _ 548 _ 549 _ 552 _ 553 _ 557 _ 561 _ 570 _
751* _ 572 _ 573 _ 574 _ 576* _ 577* _ 578* _ 580 _ 582 _
586 _ 590 _ 591 _ 592 _ 593* _ 594* _ 595* _ 596 _ 597* _
600* _ 602 _ 605 _ 609* _ 625 _ 627 _ 629 _ 632* _ 635* _
636* _ 637 _ 638* _ 639* _ 640* _ 641 _ 642* _ 643 _ 645* _
646 _ 648* _ 649* _ 651 _ 652 _ 657 _ 659 _ 660* _
661 _ 663 _ 666 _ 667 _ 669* _ 670* _ 671* _ 681 _ 701 _
702* _ 704 _ 709 _ 7278729* _ 732 _ 733 _ 736* _ 738 _
739_742*_749_ 751_756_758 _ 768 _ 775 _ 777 _ 788* _
794 _ 795* _ 812 _ 813 _ 831* _ 836* _ 838 _ 840* _ 844 _
846 _ 848* _857 _ 863 _ 864 _ 882 _ 898* _ 900 _ 905* _
906* _ 907* _ 909* _ 910 _ 912 _ 915* _ 918* _ 919 _ 924 _
925 _ 932 _ 941 _ 948 _ 950* _ 953 _ 956* _ 958 _ 960 _
961_ 962 _ 963 _ 964 _ 971 _ 973* _ 974* _ 975 _ 978 _
982* _ 984 _ 985 _ 987 _ 991* _ 1004_1019_1020_1026 _
1032* _ 1038 _ 1043* _ _ 1044 _ 1047 _ 1052 _ 1064 _
1065* _ 1066* _ 1067* _ 1068* _ 1069* _ 1073 _ 1075* _
1076 _ 1078 _ 1080 _ 1081 _ 1082 _ 10831091 _ 1094* _
1095* _ 1096* _ 1097 _ 1099 _ 1102 _ 1103* _ 1104 _ 1109
_ 1114 _ 1115* _ 1116* _ 1117 _ 1118 _ 1121*

ـ عبد الرحمن بن عوف الزهري القرشي الصحابي ـ ت ـ سنة 32 ـ الإصابة ج 2
ص 416/ 417

ف

_ 81 _ 75 _ *74 _ *69 _ *65 _ *55 _ *48 _ 45 _ *41 _ 37 _ *36
_ 166 _ 165 _ 164 _ 141 _ 132 _ 115 _ *111 _ *93 _ 88 _ 87
_ 208 _ *207 _ 201 _ 193 _ 191 _ 187 _ *173 _ 171 _ 167
_ *245 _ 244 _ 242 _ 241 _ 238 _ 232 _ 231 _ 230 _ 223 _ 211
_ 282 _ 281 _ 280 _ 275 _ 273 _ *263 _ 251 _ *248 _ *247
_ *339 _ 327 _ *307318 _ 306 _ 298 _ 294 _ 287 _ 285 _ 283
_ 422 _ 406 _ *401 _ 392 _ 380 _ 378 _ 367 _ *362 _ 361 _ 359
_ 466 _ *465 _ 461463 _ 449 _ *441 _ 433 _ *426 _ 425 _ 424
_ *522 _ 521 _ 520 _ 498 _ 492 _ 481 _ 477 _ 476 _ 475 _ 471
_ 549 _ 545 _ 544 _ 540 _ 538 _ 534 _ 533 _ 531 _ 525 _ 524
_ 596 _ 593 _ 589 _ *586 _ 575 _ 574 _ 56 _ *562 _ *556
_ *632 _ *629 _ 627 _ *622 _ *620 _ 615 _ *600 _ 599 _ *597
_ 698 _ 697 _ 684 _ 680 _ 677 _ 674 _ 658 _ 653 _ *638 _ 637
_ *721 _ 719 _ *718 _ 711 _ 710 _ 709 _ 705 _ 703 _ *701
_ 748 _ *746 _ 744 _ *741 _ 740 _ 738 _ *734 _ 725 _ *722
_ 768 _ 766 _ 765 _ 764 _ 763 _ 762 _ *759 _ 757 _ 753 _ 750
_ *816 _ 809 _ 806 _ *791 _ 790 _ *779 _ 777 _ 776 _ 770
_ 892 _ 891 _ 857 _ *854 _ 846 _ *844 _ 843 _ 834 _ *831
_ 909 _ 908 _ 906 _ 904 _ *903 _ *901 _ *900 _ *898 _ 894
_ *940 _ 938 = 933 _ *932 _ 919 _ 918 _ 917 _ 915 _ *910
_ 959 _ 958 _ 956 _ 954 _ 953 _ 952 _ *950 _ 946 _ 942
_ 989 _ 982 _ 978 _ 972 _ 971 _ 970 _ 969 _ 964 _ 963 _ *960
_ 1008 _ 1007 _ *1006 _ 1003 _ 1000 _ 999 _ 998 _ 997 _ 900
_ 1020 _ 1019 _ 1018 _ 1016 _ 1014 _ *1012 _ 1010 _ *1009
_ 1036 _ *1034 _ 1032 _ *1028 _ *1027 _ 1025 _ 1024 _ 1022

1037 ـ 1040 ـ 1041 ـ 1042* ـ 1044* ـ 1045 ـ 1047 ـ 1053 ـ
1058 ـ 1060 ـ 1061ـ 1073* ـ 1078 ـ 1079* ـ 1098 ـ 1117ـ
1118ـ 1121* ـ 1122* ـ 1130 ـ 1132

ن

ـ نضلة بن عبيد أبو برزة الأسلامي الصحابي اختلف في مكان وفاته وتاريخه بين سنة ستين وسنة سبعين ـ الإصابة ج3 ص 556/ 557 ترجمة رم 8716
521

ـ النعمان أبو حنيفة إمام المذهب (1331)
23 ـ 32 ـ 36 ـ 76 ـ 81 ـ 82 ـ 85 ـ 152 ـ 164 ـ 165 ـ 166 ـ
169* ـ 173 ـ 206 ـ 211 ـ 244 ـ 245* ـ 248 ـ 263* ـ 265* ـ
266 ـ 267* ـ 268 ـ 269 ـ 270 ـ 273 ـ 277 ـ 282 ـ 285 ـ
287ـ 294 ـ 306 ـ 307* ـ 308 ـ 310* ـ 318* ـ 433 ـ 434 ـ
440 ـ 459 ـ 463* ـ 465* ـ 470* ـ 471* ـ 480* ـ 481* ـ 483 ـ
485* ـ 520 ـ 522 ـ 542 ـ 527 ـ 528 ـ 530 ـ 531 ـ 532 ـ
537ـ 538* ـ 540 ـ 541* ـ 542 ـ 544 ـ 545* ـ 546 ـ 556* ـ
565 ـ 606 ـ 620 ـ 622 ـ 641 ـ 642 ـ 653 ـ 658 ـ 697 ـ 698 ـ
700* ـ 701* ـ 718 ـ 740 ـ 741 ـ 744 ـ 745 ـ 746 ـ 766 ـ
784ـ 790 ـ 802 ـ 810* ـ 811* ـ 815 ـ 816 ـ 817* ـ 818* ـ
819* ـ 831 ـ 832* ـ 833 ـ 834* ـ 835 ـ 843 ـ 856 ـ 892* ـ
896 ـ 897 ـ 940 ـ 956* ـ 986 ـ 989 ـ 990 ـ 991* ـ 992 ـ
994ـ 996 ـ 997* ـ 999 ـ 1004 ـ 1011 ـ 1018 ـ 1036ـ 1037 ـ
1058 ـ 1060 ـ 1131

ـ أبو هريرة (1334)
248 ـ 521 ـ 897 ـ 988 ـ 994* ـ 1016 ـ 1027

فهرس الكتب

ـ المدونة لسحنون، ويطلق عليها تارة الكتاب

8 ـ 11 ـ *12 ـ 13 ـ 20 ـ 22 ـ 26 ـ 29 ـ 31 ـ 36 ـ 42 ـ *43 ـ 44
ـ 45 ـ *46 ـ 48 ـ 51 ـ *58 ـ 69 ـ 70 ـ 71 ـ *78 ـ *79 ـ 82 ـ
83 ـ *89 ـ 92 ـ 95 ـ *97 ـ 100 ـ 101 ـ *107 ـ *109 ـ *111 ـ
*112 ـ 113 ـ 115 ـ 119 ـ 120 ـ 121 ـ *125 ـ *129 ـ *130 ـ
132 ـ 134 ـ *136 ـ *142 ـ 144 ـ 151 ـ 152 ـ 153 ـ *156 ـ
*157 ـ 159 ـ 173 ـ *175 ـ *176 ـ *177 ـ 178 ـ *179 ـ 181 ـ
185 ـ *193 ـ 195 ـ *199 ـ 200 ـ 201 ـ 204 ـ 209 ـ *212 ـ
*213 ـ *214 ـ 215 ـ 217 ـ 225 ـ 226 ـ 232 ـ 233 ـ *236 ـ
238 ـ *243 ـ 276 ـ *293 ـ *303 ـ 305 ـ *306 ـ 311 ـ 312 ـ
313 ـ *314 ـ 317 ـ 328 ـ 330 ـ 339 ـ 340 ـ 341 ـ *344 ـ
*353 ـ *354 ـ 357 ـ 359 ـ *360 ـ *361 ـ 370 ـ 374 ـ 381 ـ
383 ـ *386 ـ 388 ـ *389 ـ 390 ـ *391 ـ *394 ـ 397 ـ 398 ـ
*399 ـ 404 ـ 408 ـ 410 ـ 413 ـ 414 ـ 422 ـ *425 ـ 433 ـ 434
ـ *442 ـ 445 ـ 447 ـ *448 ـ 449 ـ 453 ـ 454 ـ *455 ـ *456 ـ
457 ـ 459 ـ 464 ـ 467 ـ 468 ـ 472 ـ 478 ـ *483 ـ *495 ـ 497
ـ *498 ـ 499 ـ 501 ـ 507 ـ 509 ـ 511 ـ 512 ـ 514 ـ 515 ـ
*548 ـ 549 ـ 550 ـ 552 ـ 553 ـ *554 ـ 555 ـ *559 ـ *560 ـ
561 ـ 569 ـ 574 ـ *585 ـ 596 ـ *598 ـ *599 ـ *606 ـ *619 ـ
625 ـ 627 ـ 629 ـ *630 ـ 636 ـ 645 ـ *643 ـ 660 ـ 662 ـ 663
ـ *664 ـ 665 ـ 676 ـ *679 ـ 680 ـ 682 ـ 684 ـ *691 ـ *692 ـ
694 ـ *695 ـ 700 ـ 707 ـ 709 ـ 710 ـ *711 ـ *712 ـ *715 ـ
721 ـ 722 ـ 725 ـ 734 ـ 737 ـ 755 ـ *762 ـ 777 ـ 778 ـ
*779 ـ 780 ـ 792 ـ 813 ـ 818 ـ *822 ـ *823 ـ 824 ـ *825 ـ
*862 ـ *844 ـ 845 ـ 854 ـ *859 ـ *860 ـ 865 ـ 869 ـ 874 ـ

1023 _ 1050 _ 1075 _ 1093 _ 1119

ـ الموطأ لمالك

18 _ *21 _ 28 _ 173 _ 230 _ 247 _ 248 _ 475 _ 521 _ *522 _
*638 _ 750 _ 766 _ 891 _ 917 _ 989 _ 997 _ 1006 _ 1012 _
1016 _ 1022 _ 1028 _ 1041

ـ النوادر للشيخ محمد بن أبي زيد

66

ـ الواضحة لابن حبيب وقد يعبر عنها بكتاب ابن حبيب

398 _ 560 _ 769 _ 860 _ 901 _ 947

فهرس الشعر